النظام القانونى

لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع

B.O.T.

الدكتور
ماهر محمد حامد

الناشر
دار النهضة العربية بالقاهرة

٢٠٠٥

بسم الله الرحمن الرحيم

"وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّـــهِ إِذَا عَـاهَدْتُمْ وَلا تَنْقُضُوا الأيْمَانَ بَعْـدَ تَوْكِيدِهَـا وَقَـدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً إِنَّ اللَّهَ يَعْلَـــمُ مَا تَفْعَلُونَ"

صدق الله العظيم

سورة النحل آية ٩١

أصل هذا المؤلف كان رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قدمت إلى كلية الحقوق ببنها جامعة الزقازيق.

وقد قررت لجنة المناقشة والحكم، بإجماع الآراء، منح صاحب هذا المؤلف، درجة الدكتوراه في الحقوق بتقدير امتياز، مع مرتبة الشرف، وتبادل الرسالة مع الجامعات الأخرى.

مقدمة

تمهيد :

إذا كان من الثابت أن الدولة لم تتخل بصورة كاملة عن مسئوليتها فى إنشاء وتشغيل بعض مشروعات البنية الأساسية Infrastructuré فى أى عصر من العصور؛ إلا أنه من الثابت - أيضا - أن الدولة كثيرا ما تلجأ إلى القطاع الخاص للاضطلاع بإنشاء وتشغيل بعض هذه المرافق، وذلك عندما تنوء ميزانياتها بأعباء التمويل اللازم لمثل هذه المشروعات، وهو ما ظهر جليا فى العقدين الأخيرين من القرن العشرين، حيث اجتاحت ظاهرة الكوكبة Globalisation الاقتصاد العالمى، وسادت فى ظلها فلسفة التخصيصية Privatization التى اعتنقها كثير من الدول بعد انهيار النظام الاشتراكى والتحول إلى اقتصاد السوق - وبسبب عدم قدرة هذه الدول على تدبير الموارد المالية اللازمة لإنشاء البنية الأساسية[١].

ونظرا لأن مشروعات البنية الأساسية تقوم على أساس من تقديم الخدمات للمواطنين على أوسع نطاق؛ لذا فإن الدولة لا تقوم بإسناد هذه المشروعات إلى القطاع الخاص إلا فى نطاق عقود تضمن لها قدرا كافيا من الرقابة على حسن الأداء وعدالة التوزيع ومناسبة الأسعار، وقد اتخذت هذه العقود صورا مختلفة، ابتداء من عقود الالتزام Concession Contracts، وانتهاء بعقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية "البوت" Build, Operate. Transfer "B.O.T."،

وليس بخاف أن مثل هذه العقود - وأخصها عقد "البوت" "B.O.T." يحقق ضمانا للدولة فى سيطرتها الاستراتيجية على المشروع بشكل أفضل من عمليات التخصيصية الكاملة[٢]، لأن ملكية المشروع لا تنتقل بشكل

---

(١) انظر فى ذلك:

SIDNY M. LEVY, "Build Operate transfer – Paving the for tomorrow's infrastructure. 1996, P. 1.

(2) United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), "B.O.T." Guidelines), 1996, P. 5.

نبائى إلى المستثمر من القطاع الخاص، بل تظل الملكية على ذمة الدولة طوال مدة العقد، ولا يكون للمستثمر إلا حق الاستغلال الذى ينتهى بانتهاء مدة العقد، ثم يعود المشروع بأصوله كاملة إلى الحكومة أو الجهة المالكة[١].

ولقد ساهمت عدة عوامل فى عدم قدرة بعض الدول على بناء أو توسيع أو صيانة البنية الأساسية، ومن هذه العوامل: النمو السريع فى السكان، وعدم قدرة الدولة على تعبئة الموارد اللازمة لإقامة وصيانة مشروعات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لا سيما وأن هذه المرافق تحتاج إلى تكنولوجيا متطورة ذات تكلفة عالية، ويلزم استيرادها من الخارج فى وقت تعانى منه بعض الدول النامية من عجز فى موازين مدفوعاتها، وهو ما يشكل - فى النهاية - قيدا على قدرتها فى بناء هذه المرافق[٢]. وهو ما عبرت عنه لجنة "الأونيسترال" بقولها: "إن آلية تمويل مشروعات البناء والتشغيل والنقل قد أثارت قدراً كبيراً من الاهتمام فى كثير من الدول، وبخاصة فى الدول النامية .... وفى كثير من الأحيان أدى النجاح فى تنفيذ هذه المشاريع إلى تمكين الدول من تحقيق وفورات كبيرة فى النفقات العامة وإلى إعادة تخصيص موارد كانت ستستثمر لولا ذلك فى الهياكل الأساسية للوفاء بالاحتياجات الاجتماعية الأكثر إلحاحاً[٣].

---

(1) FAYE LEVIN, "Introduction to "B.O.T.", A Paper Presented at the International "B.O.T." Conference, Horghada, 1996, P. 6.

(٢) الدكتور/ عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتى: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلى فى تمويل المشروعات الاقتصادية، المنعقدة فى "جدة" فى ١١ - ١٣ من أكتوبر ١٩٩٩، تحرير د. رفيق يونس المصرى، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامى، جامعة الملك عبد العزيز، ص ١٧٨، ١٧٩.

(٣) انظر الجزء الرابع من تقرير لجنة "الأونيسترال" فى دورتها التاسعة والعشرون (دورة نيويورك) المنعقدة خلال الفترة من ٢٨/٥ إلى ١٤/٦/١٩٩٦.

مشار إليه فى: د. محمد الروبى، عقود التشييد والاستغلال والتسليم "B.O.T."، دراسة فى إطار القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٨ - ٩، هامش ٣.

من هنا تسعى الدول المتقدمة والنامية - على سواء - إلى الاستعانة بالقطاع الخاص للاضطلاع ببناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ذات الأعباء التمويلية الكبيرة بنظام الـ "B.O.T." لما يتمتع به هذا النظام من مزايا لعل من أهمها: نقل التكنولوجيا المتطورة إلى مشروعاتها[١] وتفادى أعباء التمويل من قروض وفوائد وتدبير للعملات الحرة، وما يستتبع ذلك من مخاطر التبعية الاقتصادية والسياسية، ومن ثم فإن هذا قد يؤدى إلى تخفيض معدل التضخم دون زيادة فى معدل البطالة[٢].

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن توزيع مخاطر وأعباء المشروع على القطاع الخاص يخفف بشكل واضح من عجز الموازنات الحكومية، ولا أدل على ذلك من حجم الاستثمارات المالية التى ساهم بها القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية - على مستوى الدول النامية - قد بلغ فى عام ١٩٩٧ أكثر من مائة وثلاثين مليار دولار[٣].

وفى مصر قام القطاع الخاص بتنفيذ نحو ٧٠% من استثمارات خطة التنمية لعام ٢٠٠٢ حيث قام بالاشتراك مع القطاع التعاونى بتنفيذ استثمارات تصل إلى ٤٢ مليار دولار فى قطاعات الزراعة والصناعة والمقاولات والنقل والسياحة والكهرباء[٤]. إلا أنه فى مجال عقود الـ

---

(١) الدكتور/ جمال نصار، مصطفى حسين: مشروعات البوت - إعداد مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، القاهرة فى ٧ - ٩ أكتوبر ١٩٩٧، ص ٣.

(2) See: UNIDO, "B.O.T." Guidelines, Op. Cit., P. 4.

(٣) انظر فى ذلك:

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (IFC): "Project in Developing Countries", Washington, 1999, P. 14.

(٤) راجع: الخطة الخمسية الخامسة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ٢٠٠٢ - ٢٠٠٧، وخطة عامها الأول، صادرة عن وزارة التخطيط المصرية فى أبريل ٢٠٠٢، ص ٢٥، ٢٦.

وحيث تشير توقعات البنك الدولى إلى أن الدول العربية تحتاج إلى استثمارات تصل إلى حوالى ٣٧٠ مليار دولار فى مجال البنية التحتية قبل عام ٢٠٠٦، ومن المتوقع أن تمول -

"B.O.T." نجد أن مصر - شأنها فى ذلك شأن بقية الـــدول النامية - قد اندفعت إلى تلك العقود دون أن تضمن عقودها مع الشركات العالمية من الشروط والضمانات ما يكفل الحفاظ على مصالحيا وبالتالى فقد انقلبت مشروعات الـــ "B.O.T." فى هذه الدول إلى عبء إضافى على اقتصاديات تلك الدول[١].

هذا، ولا تقتصر مزايا "البوت "B.O.T." على الحكومات فقط، بل تمتد هذه المزايا لتشمل المستثمرين المتعاقدين بهذا النظام، فضلاً عما يجنيه هؤلاء المستثمرين من أرباح طائلة، يكون بمقدورهم الاقتراض من مؤسسات التمويل بضمان أصول المشروع، كما يكون بوسعهم توزيع مخاطر المشروع عن طريق نقل أعباء هذه المخاطر إلى عاتق الدولة (فى حالة المخاطر السياسية)، وإلى عاتق الموردين والمقاولين (فى حالة المخاطر التجارية)[٢].

- الحكومات والمؤسسات المانحة حوالى ٨٥% من تكلفة هذه المشروعات كحد أقصى وأن يشارك القطاع الخاص بحوالى ١٥% من تكلفة هذه المشروعات أى بنحو ٦٠ مليار دولار.
  - لمزيد من التفصيل: يراجع التقرير الاقتصادى العربى، سبتمبر ٢٠٠٢، ص ١٧٥.
  - الدكتور/ محمد متولى: "الاتجاهات الحديثة فى خصخصة المرافق العامة" بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثالث والعشرين للاقتصاديين المصريين المنعقد بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع فى الفترة من ٨ - ١٠ مايو ٢٠٠٣، ص ٣٣.

(١) د. محمد الروبى، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) راجع فى ذلك:

HOFFMAN (S.), "The Law and Business of International Project Finance", 1998, P. 19.

- الدكتورة/ تهانى أبو القاسم: تعظيم الاستفادة من نظام "B.O.T."، بحث منشور بالمجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، كلية التجارة، جامعة حلوان، السنة الخامسة عشر، العددان الثالث والرابع، ٢٠٠١، ص ١٣٦.
- الدكتور/ محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية نظام الـــ "B.O.T." أو البناء والتملك والتشغيل نقل الملكية "نظام الـــ B.O.O.T." دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٦.

ولكن هل يعنى تمتع طرفى عقد البوت بكل هذه المزايا أن يأتى هذا العقد خلوا من كل عيب أو نقيصة؟

الإجابة على ذلك بالنفى، فقد يفتح عقد الـ "B.O.T." الباب على مصراعيه أمام الأجانب، لاستغلال مشروعات البنية الأساسية ذات الأهمية القومية والاستراتيجية[١]، هذا فضلا عن أن المستثمرين الأجانب كثيرا ما يلجأون إلى البنوك المحلية للحصول على التمويل اللازم لتنفيذ هذه المشروعات[٢]، الأمر الذى يؤدى إلى نقص فى السيولة المتاحة واستنزاف للعملات الأجنبية المتاحة لدى البنوك الوطنية، وما حدث فى عملية تنفيذ محطتى سيدى كرير للكهرباء ليس عنا ببعيد، فقد حصل المستثمر الأجنبى على تمويل قدره (١٣٢) مليون دولار من البنوك الوطنية!!![٣].

أهمية البحث:

لما كان المشرع لم يتناول هذا العقد بالتنظيم، كان على الباحثين أن يهتموا بهذا النظام الحديث، وأن يجتهدوا فى رده إلى القواعد القانونية التى تحكمه فى القانون العام أو الخاص؛ لذلك فقد صدرت فى موضوعات عقد الـ "B.O.T." عدة مؤلفات لبعض فقهاء القانون العام سارعوا فيها إلى

---

(١) الدكتورة/ أمل نجاح البشبيشى: نظام البناء – التشغيل – التحويل "B.O.T."، هل هناك حاجة لبديل؟ – بحث منشور بمجلة بحوث اقتصادية عربية، الصادرة عن الجمعية العربية للبحوث والاقتصادية، السنة الحادية عشر، العدد الثامن والعشرون، صيف ٢٠٠٢، ص ٨٧.

– الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات "B.O.T."، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢، ص ٦٤٨.

(٢) المستشار/ محمود محمد فهمى: مخاوف البورصة والبطالة من الـ "B.O.T."، مقال بمجلة الأهرام الاقتصادى، العدد ١٦٣٧، فى ٢٢ مايو ٢٠٠٠، ص ٣٠.

(٣) الدكتور/ حمدى عبد العظيم: عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى الندوة العلمية الأولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فى ٢٧ – ٣١ يناير ٢٠٠١، ص ٩.

– توصيات مؤتمر مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، المنعقد بالقاهرة فى ١٨، ١٩ أكتوبر ١٩٩٧، ص ٤.

رده إلــى عقــود الــتزام المــرافق العامة المعروفة فى القانون العام، رغم الاخــتلافات الجوهرية بين العقود الأخيرة وعقد الــ "B.O.T."، ولما كانت قناعتــنا قد انتهت - مبنية على أسبابها - إلى أن عقد الــ "B.O.T." هو من عقــود القانون الخاص، وأنه من العقود التجارية على وجه التحديد، ويكون مــن عقود التجارة الدولية إذا إبرم مع طرف أجنبى، لذا فقد رأينا إعداد هذا البحــث فى مجال رد هذا العقد إلى النظام القانونى الذى يحكمه وهو القانون الخــاص، وتحديــد حقــوق والتزامات أطراف العقد وكيفية حل المنازعات الناشــئة عــنه، على ضوء القواعد العامة فى عقود القانون الخاص، وعقود التجارة الدولية.

وحيــث إنــه لــم يصدر عن المشرع سواء فى مصر أو فى الدول العربــية - قانونا - يتناول عقود الــ "B.O.T." بالتنظيم؛ لذلك فإن الاجتهاد فــى رد هــذه العقود إلى النظام القانونى الذى يحكمها يواجه بمشكلة دخول الدولــة كطرف رئيسى فى هذا العقد وما يستتبعه ذلك من جدل حول طبيعة دور الدولــة وضرورة إفرادها بقواعد خاصة تحكمها، وحول رد العقد إلى القانون العام أو القانون الخاص.

فإذا انتهينا إلى أن العقد من عقود القانون الخاص؛ لأن الدولة عندما تقــوم بإبــرامه فإنها تتبع الأساليب التى يتبعها الأفراد فى تعاقداتهم واجهت البحث صعوبة أخرى تتمثل فى التساؤل عن أى قواعد القانون الخاص التى يمكــن تطبيقها على العقد؟ وهل هى قواعد القانون المدنى أم قواعد القانون الــتجارى؟ وإذا كان العقد يحتوى على عناصر أجنبية، سواء فى أطرافه أو فى موضوعه فهل يمكن أن يخضع لقواعد عقود التجارة الدولية؟

لذلك كان لابد من اتباع منهج تأصيلى وتحليلى لتحليل المسائل التى يثــيرها الــتعاقد بــنظام الــ "B.O.T." وردها إلى القواعد التى تحكمها فى القانون الخاص، وتحديد الفرع الذى يناسبها من بين فروع ذلك القانون بدءا مــن كيفية تبلور هذه العقود وكيفية تمييزها وأهم أنواعها وطبيعة أطرافها، وحقوقهــم والــتزاماتهم وتكييف هذه العقود وأثره، وانتهاء بالمشكلات التى يثيرها وطريقة حلها ... مع القياس على أقرب العقود إلى طبيعة عقد الــ "B.O.T." - أحيانا - وإعطاء أمثلة من العقود المبرمة فى هذا المجال.

وأخيرا أعترف بعجزى عن الإلمام بالموضوع إلماما كاملا مستفيضا - فلا شك أن ذلك يحتاج إلى سلسلة من المجلدات الضخمة، وإن هى إلا محاولة - بقدر طاقتى - للاجتهاد فى مجال تحديد النظام القانونى الذى ينظم عقود الـ "B.O.T."، فإن وفقت، فذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، وإلا فالعصمة لله ورسوله.

نطاق البحث :

يتحدد نطاق هذا البحث فى النظام القانونى لعقود "B.O.T."، من حيث انعقاد العقد، وطبيعته القانونية، والآثار المترتبة عليه، وخصوصا فيما يتعلق بالإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع. تاركين عن عمد بحث مسألة تملك شركة المشروع، والتى تدخل فى نطاق ما يسمى عقد الـ "B.O.O.T" حيث تبين - بعد طول تدبر وتأمل - أن هذه المسألة تخرج كلية عن نطاق ما سوف نوليه عنايتنا بالبحث والدراسة والتمحيص.

ولعل دافعنا إلى استبعاد بحث مسألة تملك شركة المشروع يرجع إلى عدم صحة القول بأن شركة المشروع تتملكه إبان الإنشاء والتشغيل، إذ تظل مسألة الملكية خالصة للدولة المتعاقدة أيا كانت صيغة التعبير عن هذا التعاقد، ومن هنا فقد ارتأينا إسقاط عبارة "التملك" من عنوان هذه الأطروحة، مقتصرين فى هذه الدراسة على بحث كل ما يتعلق بجوانب الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع.

خطة البحث :

على ضوء ما تقدم من بيان فإن بحثنا سيتألف من فصل تمهيدى فى التعريف بنظام الـ "B.O.T."، وثلاثة أبواب، تحتوى على ثمانية فصول، وخاتمة وبيان ذلك على النحو التالى:

فصل تمهيدى: فى التعريف بنظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع.

الباب الأول: إبرام عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع.

الفصل الأول: الإجراءات السابقة على التعاقد فى عقد الـ "B.O.T."

الفصل الثانى: انعقاد عقد الـ "B.O.T."

الباب الثانى: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع.

الفصل الأول: القواعد القانونية المنظمة لعقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."

الفصل الثانى: التكييف القانونى لعقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."

الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق على عقود الـ "B.O.T." ذات العنصر الأجنبى.

الباب الثالث: آثار عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع وانتهائه، وحل المنازعات الناشئة عنه.

الفصل الأول: آثار عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع.

الفصل الثانى: انتهاء عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع.

الفصل الثالث: حل المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع.

خاتمة: عن النتائج العملية للبحث.

فصل تمهيدى
فى التعريف بنظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع
"B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

يعتبر نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." نظاما جذابا ومغريا؛ لأنه يؤدى لجذب رأس المال الخاص للمساهمة فى تمويل المشروعات الهامة التى تحتاجها الدولة، الأمر الذى قد لا يكون متاحا بوسيلة أخرى، ويتيح أمام الحكومة فرصة لكى تسعى بخطى التنمية فى المشروعات الحيوية اللازمة لها بدلا من الانتظار حتى تتوافر الموارد السيادية النادرة، وهذا يعد فى بعض الحالات ذا أهمية سياسية؛ إذ يساعد فى تحسين صورة الدولة وجدارتها الائتمانية فى مواجهة مؤسسات التمويل العالمية.

وأهمية هذا النظام جعلته ينتشر فى معظم دول العالم المتقدمة منها والنامية على السواء، وإذا كان هذا الانتشار قد بدا واضحا منذ منتصف عقد الثمانينات من القرن العشرين وما تلاها فإن البعض يرى أن لهذا النظام جذوره التاريخية.

وإذا كان مفهوم الـ "B.O.T." يقوم على إسناد عملية التمويل للمشروعات التى تتعاقد الدولة على إسناد تنفيذها للقطاع الخاص فى مقابل الاستغلال لفترة معينة يتم الاتفاق عليها، فإن هذا المفهوم يتفرع عنه أشكال عديدة.

وعلى ذلك سنتناول هذا الفصل التمهيدى فى مبحثين:

المبحث الأول: تعريف نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."، والنظم المشابهة له.

المبحث الثانى: نشأة وانتشار نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T.".

المبحث الأول

تعريف نِظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." والنظم المشابهة له

تمهيد وتقسيم :

انتشر نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع، فى كثير من أقطار العالم؛ نظرا لما يتمتع به هذا النظام من أهمية تتجلى فى الاعتماد عليه فى المشروعات الكبرى ومشروعات البنية الأساسية، دون أن تتحمل حكومات الدول أعباء تمويل تلك المشروعات٠

هذه الأهمية، وهذا الانتشار يدفعنا لأن نضع تحديدا واضحا لمفهوم هذا النظام تمهيدا لما سيأتى من الحديث عن تكوين عقد الـ "B.O.T." وطبيعته٠

ولتحديد مفهوم البناء والتشغيل وإعادة المشروع، لابد أن نتصدى لتعريف ذلك النظام، ثم بيان العقود المشابهة له وأخيرا السمات المميزة له فى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: تعريف نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."٠

المطلب الثانى: عقود التنمية الاقتصادية المشابهة لعقود الـ "B.O.T."٠

المطلب الثالث: السمات المميزة لعقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."٠

المطلب الأول

تعريف نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."

أولا : **معنى مختصر** : "B.O.T." :

"B.O.T." هـى الأحـرف الثلاثة الأولـى لكلمـات ثلاثـة هـى: BUILD, OPERATE, TRANSFER، فالحرف "B" هو الأول من الكلمـة الإنجليزية "BUILD" بمعنى "يبنى" أو "يشيد" والغرض منه إقامة المشروع.

والحرف "O" هو الأول من كلمة "OPERATE" التى تعنى: يشـغل أو يدير والمقصود منها تشغيل المشروع.

والحرف "T" هو الأول من كلمة "TRANSFER" بمعنـى: ينقـل والغرض منه: نقل ملكية المشروع ممن قام بإنشائه.

وهذه الكلمات الثلاثة قد اختصـرت فى اصطلاح "B.O.T." الـذى شاع ومعناه: البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهو ما نفضل أن نطلـق عليـه "الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع" للسبب الذى سنوضحه فيما يـأتى عنـد التفرقة بين نظام "B.O.T." ونظام "B.O.O.T.".

ولمزيد من التحديد يضاف أحيانا حـرف رابـع هـو "O" مـن "OWN" بمعنى: تمليك المشروع للذى قـام بإنشـائه فيصـير المصطلـح "BOOT" اختصارا للكلمات: Build, Own, Operatc, Transfcr ويقابله فـى اللغة العربية اصطلاح: البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية.

والفكرة الأساسية لهذه المصطلحات تقوم على أساس تعاقد الحكومـة مع شخص طبيعى أو اعتبارى من القطاع الخاص على إقامة مشـروع مـا على نفقته الخاصة على أن يحوزه لمدة معينة يسترد خلالها تكاليف إنشـاء المشروع من خلال تشغيله له ثم يقوم بنقل ملكيته فى نهاية المـدة المتفـق عليها.

ثانيا : **المعنى الاصطلاحى لنظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع** "B.O.T." :

حـرص الكثير من الشراح الذين تصـدوا لتعريـف نظـام البنـاء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." على التأكيد على أنـه أحـد أسـاليب

التمويل FINANCE، كما حرصوا على إظـــهار دور الدولـــة أو الحكومـــة كمتعاقد أساسى فى هذا النظام.

فقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى أنه: شكل مـــن أشكال تمويل المشاريع Project Finance، تمنح بمقتضـــــاه حكومـــة مـــا - مجموعـــة من المستثمرين يشار إليهم "بالاتحاد المالى للمشـــروع" امتيـــازا لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لعدد مـــن السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أربـــاح مناسبـــة مـــن العائدات المتأتية من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا أو مـــن أى مزايـــا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الامتياز وفى نهاية مدة الامتياز تنتقـــل ملكيـــة المشروع إلى الحكومة دون أى تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قـــد تـــم الاتفاق عليها مسبقا أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع[١].

وعرفته منظمة الأمم المتحـــدة للتنميـــة الصناعيـــة "يونيـــدو" بـــأن "B.O.T." هو: اصطلاح أو صياغة لاســـتخدام القطـــاع الخـــاص ليقـــوم بمشروعات التنمية الأساسية التى كانت من قبل حكرا على القطـــاع العـــام فتمويل المشروع هو زاوية الأساس لمفهوم "B.O.T."[٢].

وعرفه البعض[٣] بأنه: تنظيم تقوم به الدولة بمقتضاه يمنح مستثمر

---

(١) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى - الدورة التاسعة والعشرين - نيويـــورك فى ٢٨ مايو / ١٤ يونيه ١٩٩٦ بعنوان: "الأعمال المقبلة المتعلقة - مشاريع البناء والتشـــغيل ونقل الملكية"، A/CN.9/424-19 April, 1996.، ص ٣، انظر أيضا الدكتـــور مـــهندس/ جمال نصار، والمستشار/ حسين مصطفى: إعداد مشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقـــل الملكية، ورقة عمل قدمت إلى المؤتمر الدولى عن مشـــروعات الـــ "B.O.T." المنعقـــد بواسطة مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى بفندق شيراتون هليوبوليس القاهرة، فى ٧ - ٩ أكتوبر ١٩٩٧، ص ٢.

(2) UNIDO "B.O.T." Guidelines. Op. Cit., P. 3.

(٣) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التـــى يتـــم تمويلها عن طريق القطـــاع الخـــاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل فـــى مصـــر، مجلـــة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد ٦٩ لسنة ١٩٩٩، ص ١٧٢.

من القطاع الخاص ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله – بنفسه أو عن طريق الغير – ويكون عائد تشغيل المشروع – في معظمه – خالصا له طوال مدة الترخيص، ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أحد أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه.

ويعرفه البعض[١] بأنه: "منح الحكومة لمن يرغب في الاستثمار في أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة فرصة إقامة المشروع على الأرض التي تحددها له الدولة، وتحمله أعباء شراء وتزويد المشروع بالمعدات والتكنولوجيا اللازمة، وتحمل كافة نفقات التشغيل؛ وذلك نظير حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع خلال الفترة التي تحددها له الحكومة والتي تعرف "بفترة الامتياز" والتي تتراوح بين ٣٠، ٥٠ عاما وبعد انتهاء هذه الفترة المحددة في العقد يتم تحويل المشروع إلى الحكومة التي يحق لها التصرف في مصيره وفقا لما تراه من اعتبارات قومية أو اقتصادية".

وذكر البعض[٢]: أن نظام الـ "B.O.T." يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات العامة، وبمقتضاه تمنح حكومة ما – لفترة محددة من الزمن – أحد الاتحادات المالية الخاصة

---

(١) الدكتور/ حمدي عبد العظيم: عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم في الندوة العلمية الأولى التي عقدتها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، في ٢٧ – ٢٠٠١/١/٣١، ص ٣.

(٢) المستشار الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية "B.O.T." ووسائل حسم منازعاتها – بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ "B.O.T." الذي عقده مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بفندق شيراتون هليوبولس القاهرة في ٧ – ٩ أكتوبر ١٩٩٧، قريب من ذلك تعريف الأستاذ الدكتور/ محمد بهجت فايد، سابق الإشارة إليه، ص ١٢.

ويطلق عليها "شركة المشروع" امتيازا لدراسة وتطوير وتنفيذ مشروع معين تقترحه الحكومة أو شركة المشروع.

ويعرف البعض[١] مشروعات الـ "B.O.T." بأنها "تلك المشروعات التى يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة، يرتبط فيها راعى المشروع Project Sponsor مع الحكومة بعقد امتياز Concession يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الامتياز على أن يقوم برد ذلك المشروع عند انتهاء تلك المدة فى حالة جيدة – بدون مقابل، وميزة هذا التعريف أنه حرص على أن يوضح أن ملكية الحكومة للمشروع تظل قائمة وهو ما يتفق مع الاتجاه الصحيح فى أن يد المستثمر على المشروع خلال فترة الإنشاء والتشغيل هى يد عارضة لا ترقى إلى الملكية بمعناها الصحيح.

ويرى الأستاذ المستشار/ محمود فهمى أن مشروعات الـ "بوت" هى "أن تعهد الحكومة أو إحدى الجهات الإدارية إلى شركة ما – وطنية أو أجنبية أو مشتركة، وسواء كانت من القطاع العام أو من القطاع الخاص لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة للجمهور، وذلك على حساب الشركة ثم تتولى هذه الشركة إدارته وتؤدى الخدمة لجمهور المنتفعين مدة معينة تحت إشراف الجهة الإدارية ورقابتها، ثم تنقل الشركة ملكية المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة فى حالة جيدة قابلة للاستمرار فى نهاية المدة[٢].

---

(١) الدكتور محمد محمد بدران: النظام القانونى لمشروعات البوت، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T." المنعقد بواسطة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بفندق هليوبولس القاهرة فى ٧ – ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٧، ص ١.

(٢) المستشار/ محمود فهمى: بحث فى عقود الـ "B.O.T." وتكييفها القانونى، مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T." الذى أعده مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى – القاهرة فى ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠، ص ١.

وهو فى هذا التعريف لا يخرج عقود الـــ "B.O.T." عـن عقـود امتياز المرافق العامة[١]، على ما بينها من فروق سنوضحهـا فى موضعـها من البحث.

بينما يطلق عليها البعض مشروعات البنية التحتية المحولة "B.O.T." ويعرفها بأنها" ذلك النوع من الاستثمار الذى يتولى فيه القطاع الخاص إقامة "Build"، وتشغيل "Operate" مشروع بنية تحتية، كان من المعتاد أن يقـوم ببنائه وإدارته القطاع العام أو الحكومة على أن يتم تحويلـه Transfer مـرة أخرى إلى الحكومة بعد فترة كافية يتم فيها استرداد رأس المـال المسـتثمر وتحقيق عائد معقول[٢].

والتعريف يشير إلى "مشـروعات البنيـة التحتيـة" Infrastructure كخصيصـة أساسية فى مجال مشروعات الـ "B.O.T."، ويشار دائما إلـى أنه من أهم أنواع مشروعات البنية الأساسية: المرافق العامـة، والأشـغال العامـة وقطاعات النقل العام فالمرافق العامة تتضمـن القـوى الكهربائيـة والغاز وتوصيلاته، والاتصالات السـلكية واللاسـلكية، وإمـدادات الميـاه والصرف الصحى، وجمع القمامة، والأشغال العامة تشمل الطرق والسـدود والكبارى وقنوات الرى والصرف الزراعى، أما قطاعات النقل العام فهـى تشمل السكك الحديدية والنقل والموانئ والمطارات وغيرها ...

ومع تسليمنا بأن مشروعات البنية الأساسية تعد من أهم المجـالات التى نما وازدهر نظام الـ "B.O.T." فيها وتشكل الغالبيـة الساحقة فـى مجالات مشروعات هذا النظام، فإننا نلاحظ أن هـذه المشـروعات لا تعـد

---

(١) عقد امتياز أو التزام المرافق العامة يمكن تعريفه بأنه عقد إدارى يتولى الملتزم فردا كـان أو شركة بمقتضاه على مسئوليته – إدارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاهـا من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لهذه المرافق العامة فضلا عن الشـروط التى تضعها الإدارة لعقد الامتياز. انظر: الدكتور/ سليمان محمد الطماوى: الأسـس العامـة للعقود الإدارية الطبعة الخامسة، سنة ١٩٩١، دار الفكر العربى، ص ١٠٨.

(٢) الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٣٢.

الخصيصة الأساسية لنظام الـ "B.O.T."، فقد أثبت الواقع العملي أن هناك العديد من المشروعات التي جرى التعاقد على تنفيذها بهذا النظام لا تدخل ضمن مجالات مشروعات البنية الأساسية، ومنها: مشروعات تتعلق بمجالات المشروعات الترفيهية والسياحية، بل إن الحكومة البريطانية طرحت للتمويل بواسطة القطاع الخاص مشروعات في مجال إنشاء السجون.

بينما ذكر بعض الشراح أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكن أن تبرم بين طرفين كلاهما من أفراد القطاع الخاص.

ومن هؤلاء الأستاذ الدكتور/ محسن الخضيري الذي يطلق على المشروعات التي تتم بأسلوب "B.O.T." "مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتيا مقابل حق الانتفاع، ويرى أن نظام "B.O.T." هو "قيام جهة غير حكومية بالحصول على امتياز حكومي أو غير حكومي بغرض إنشاء مشروع من مشروعات البنية الأساسية أو مرفق من المرافق الهيكلية التحتية (طرق، كباري، مطارات، سدود) - على أن تقوم هذه الجهة غير الحكومية بتوفير التمويل اللازم لإقامة المشروع من مواردها الذاتية ثم استغلاله فترة من الزمن (حق الانتفاع) وإعادته في نهاية المدة للجهة التي تعاقدت معها"[١].

نقد مصطلح الامتياز:

ذكرنا فيما سبق أن كثيرا من الشراح يعرفون عقد الـ "B.O.T." على أنه امتياز تمنحه الحكومة للمستثمر لإنشاء وتشغيل المشروع، ولما كنا نعتقد أن هذا التعريف مخالف لحقيقة عقد الـ "B.O.T." فإننا نعتقد أن عبارة "الامتياز" غير دقيقة في التعبير عن عقد الـ "B.O.T." ولكي نوضح وجهة نظرنا لابد أن نبدأ بتعريف عقد الامتياز ثم نبين وجه عدم دقة عبارة الامتياز في التعبير عن عقد الـ "B.O.T.".

---

[١] الدكتور/ محسن أحمد الخضيري: التمويل بدون نقود، مجموعة النيل العربية، بدون سنة طبع، ص ٢٤.

تعريف الامتياز :

اهتم الفقه الفرنسى اهتمامًا كبيرا بهذا الموضوع وأولاه الكثير من الأبحاث والدراسات التى تطورت مع الزمن، بتطور الحاجة إلى اعتماد الامتياز، كأداة قانونية تربط الدولة بأشخاص القانون الخاص.

لقد عرف بعض هذا الفقه[1] الامتياز على أنه: "عمل إدارى تعاقدى، وحسب ما يكون للعمل الإدارى أو العقد دور العامل الأساسى فى الامتياز الممنوح، يختلف الحق، ولا يوجد حق بكل ما للكلمة من معنى، إلا إذا وجد عقد".

فالعمل الإدارى لا ينتج عنه سوى إذن، ويبقى الإذن واضحا قابلا للرجوع عنه بدون تعويض، فالإدارة لا تتصرف، عملا بمبادئ العقد العادى، ولكن من منطلق سيادتها فى ممارسة أعمال السلطة، كدولة كان عليها القيام بموضوع الامتياز أصلا[٢].

وعرفه بعض الفقه بأنه: عقد تمنح بموجبه الدولة أو الجهة صاحبة السيادة لشخص ما إمكانية، من أجل استثمار مرفق عام له صفة النفع العام[٣].

ونرى أن استخدام مصطلح الامتياز هو استخدام غير موفق، فى صدد العقود التى تبرمها الدولة فى مجال مشروعات الـ "B.O.T."، فإن الامتياز حسبما يتضح من التعريفات السابقة هو عقد إدارى، يتولى الملتزم بمقتضاه إدارة مرفق عام ذى طبيعة اقتصادية واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، غير أنه لابد من التمييز بين مختلف الامتيازات التى

---

(1) Glded, A: "Des effets de l`annexion sur les concessions", Paris, 1904. P. 122.

(٢) الدكتور/ غسان رباح: العقد التجارى الدولى – العقود النفطية – دراسة مقارنة حول عقود الدولة مع شركات الاستثمار الأجنبى، بيروت، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص ١٤٩.

(٣) الدكتور/ محمد كامل ليلة: نظرية المؤسسات العامة، الجامعة اللبنانية، ١٩٧٤، ص ٢٨ وما بعدها.

هى عقود عامة Public Law، والعقود التى تبرمها الدولة فى ظل القانون الخاص Private Law، وهذا التمييز يعتمد على مقاصد طرفى العقد، فمجرد دخول الدولة فى عقد لا يؤدى تلقائيا إلى وجوب تطبيق قواعد القانون العام عليه، وهناك اتجاه إلى اعتماد القانون الخاص فى مختلف مظاهر النشاط الاقتصادى للإدارة تحللا من الرتابة، وتحقيقا للمرونة المطلوبة فى موضوع الاستثمارات الاقتصادية المتعلقة بالبنية الأساسية، وغيرها من الموضوعات الحيوية العامة[١].

برغم كل ما سبق، فإن عبارة الامتياز تبقى غير واضحة المعالم، فإذا كان صحيحا أن الدولة بمنحها للامتياز تمارس عملا من أعمال السيادة، فالصحيح أيضا أن المستثمر الأجنبى سوف يحصل على منافع وأفضليات يوليه إياها الامتياز نفسه، وهذا يعنى أن هذه الحقائق غير كافية لتسمية هذا العقد بالامتياز؛ لذلك أطلق عليه البعض، ومنهم "Mc Nair"، تسمية "اتفاقيات تنمية اقتصادية"[٢].

ويعيب هذا الاصطلاح أنه يركز على جانب التنمية فى العقود المقصودة وكأن الدولة المتعاقدة هى المستفيدة الوحيدة منها، بينما يغفل جانب المستثمر المتعاقد مع الدولة الذى ترتب له هذه العقود بعض الحقوق والامتيازات.

ومع ذلك نفضل أن نطلق على العقود التى تبرمها الدولة مع القطاع الخاص لإنشاء المشروعات الاقتصادية اصطلاح "عقود التنمية الاقتصادية"، فإذا كانت هذه العقود تنطوى على عنصر أجنبى أطلق عليها "عقود التنمية الاقتصادية الدولية"، وميزة هذا الاصطلاح الأخير أنه يبرز أن الاتفاق المعنى يندرج فى إطار سياسة التنمية الاقتصادية للدولة المعنية.

---

(١) الدكتور/ أكثم أمين الخولى: أثر الصفة التجارية للمشروع العام على طبيعته العامة، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثالث، يوليو – سبتمبر ١٩٥٩، ص ٨٣.

(2) Lord M. C. Nair: "The general principles of law" (B.Y.B.I.L.). London, 1957. P. 1.

وبالرغم من اعترافنا بغموض فكرة عقود التنمية الاقتصادية، وعدم تكريسها بعد، فإنه يلاحظ وجود عناصر لا غنى عنها لنشأة هذه العقود؛ إذ لابد أن نكون بصدد عقد يحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفيه، وهما الدولة من جهة، والشخص من القطاع الخاص المحلى أو الأجنبى من الجهة الأخرى.

ولا يهمنا فى هذا المقام البحث فى الجهة التى يخولها القانون الداخلى سلطة إبرام العقد، فقد يقوم بتمثيل الدولة إحدى الوزارات أو إحدى وحدات الإدارة المحلية، أو إحدى الهيئات العامة أو المؤسسات الاقتصادية التى تنشئها الدولة لتقوم مقامها فى العلاقات الاقتصادية، فعلى خلاف الامتيازات التى كانت مباشرة بين الدولة، وصاحب الامتياز، فالملاحظ أن الدولة لا تتدخل حاليا بشكل مباشر فى إبرام العقود الاقتصادية الدولية، وإنما هى تنيب عنها إحدى مؤسساتها لهذا الغرض، على أن يكون ذلك تحت إشرافها ورقابتها، وفى إطار خطتها الاقتصادية، على النحو الذى سنبينه بالتفصيل عند الحديث عن أطراف العقد فى الباب التالى.

وعلى ذلك فإننا نفضل أن نطلق على عقود الـ "B.O.T." وصف عقود التنمية الاقتصادية، وليس وصف "الامتياز".

إمكانية التعاقد وفقا لنظام الـ "B.O.T." بين عاقدين كلاهما من القطاع الخاص :

ومع تسليمنا بأن نظام الـ "B.O.T." هو أحد أساليب التمويل المالى، حيث إن الباعث على اللجوء إليه هو نقص التمويل لدى الدولة أو الجهة المسندة، فإننا لا نرى مانعا من أن يكون التعاقد وفقا لهذا النظام - بين طرفين كلاهما من القطاع الخاص، فقد أثبت العمل أن الشركات والنوادى الخاصة تلجأ إلى التعاقد بنظام الـ "B.O.T." سدا لمشكلة نقص السيولة المالية لديها.

فقد لجأ نادى الصيد المصرى بالدقى إلى إسناد عملية بناء صالة ألعاب البولينج والبلياردو - إلى شركة مصرية خاصة لبنائها وتنفيذها

بالكامل، واتفق على أن تئول ملكيتها إلى النادى بعد عشر سنوات، تدفع خلالها الشركة للنادى ستة ملايين جنيه، مع تخفيض أسعار اللعب لأعضاء النادى.

كما أعلن النادى عن مشروع لإنشاء جراج متعدد الطوابق أسفل مسطح أرض النادى[١]، وفقا لنظام "B.O.T."، وحذت حذوه الكثير من النوادى الخاصة المصرية ومنها: نادى هليوبوليس ونادى المعادى ونادى الزهور.

ومن ناحية أخرى فإن الشركات المملوكة للأفراد يمكنها أن تلجأ إلى تنفيذ مشروعاتها بنظام الـ "B.O.T." كأن تلجأ شركة تعمل فى مجال الصناعة إلى التعاقد مع مستثمر لإنشاء وحدة صناعية فى المصانع المملوكة لها بتمويل منه، واستغلالها عددا من السنوات ثم إعادتها إلى الشركة المالكة، أو تلجأ شركة تعمل فى مجال الزراعة إلى إسناد عملية استصلاح أرض مملوكة لها ليقوم باستصلاحها بنفس الأسلوب، أو تلجأ شركة تعمل فى مجال السياحة أو القرى السياحية إلى إسناد علمية إنشاء ناد للغوص، أو ملهى أو مجموعة ملاه إلى مستثمر يقوم بتمويل الإنشاء ثم استغلال المشروع فترة من الزمن وإعادته إلى الشركة المالكة فى نهاية المدة.

وبالفعل فقد لجأت قرية (جولدن بيتش) السياحية بمدينة الغردقة إلى أن تطرح للبيع أو للإيجار بأسلوب "B.O.T." إنشاء محطة مياه بنظام التناضح العكسى طاقة ٥٠٠ م٣/ يوم قابلة للزيادة.

وهكذا فإن اللجوء إلى التعاقد على إنشاء المشروعات بنظام الـ "B.O.T." بسبب نقص التمويل، ليس حكرا على الدولة أو الحكومة وإنما قد تلجأ المشروعات الخاصة إلى استكمال مشروعاتها وفقا لهذا النظام أيضا.

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت فايد، سابق الإشارة إليه، ص ١١٢.

ومن هنا نرى أن النص على تعاقد الدولة أو الحكومة ليس ركنا في تعريف نظام الـ "B.O.T."٠

وعلى هذا يمكننا أن نعرف نظام الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." بأنه: عقد بين طرفين أحدهما: مالك لمشروع معين، قد يكون الدولة أو أحد وحداتها، أو أحد أفراد القطاع الخاص، والثانى: مستثمر من القطاع الخاص المحلى أو الأجنبى، على أن يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة الكائنة ضمن مشروعه بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل من عنده - ثم تشغيله وإدارته فترة من الزمن - يتم الاتفاق عليها يستغل فيها المستثمر المشروع ليستعيد ما تكلفه من نفقات ويحقق أرباحا مناسبة، وفى نهاية المدة المتفق عليها يعيد المشروع إلى مالكه الأصلى٠

عناصر نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع :

من التعريف السابق يمكن أن نستخلص عناصر نظام الـ "B.O.T."، ونوجزها فى الآتى:

(١) تصميم وإنشاء المشروع المتفق عليه بما يشمله ذلك من دراسات جدوى، وتشييد وتجهيز للمشروع وإعداده بالشكل الذى يجعله صالحا لتقديم الخدمة، والمنفعة المبتغاة للجماهير، ويتم ذلك كله على نفقة المستثمر "شركة المشروع"٠

(٢) حيازة المستثمر للمشروع - حيازة قانونية - تخول له حق الانتفاع بالمشروع باستعماله واستغلاله دون التصرف فيه وذلك خلال الفترة المتعاقد عليها٠

(٣) تشغيل المستثمر "شركة المشروع" للمشروع لحسابه وإدارته واستغلاله تجاريا والحصول من ذلك على إيراد مناسب وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد المبرم بين المستثمر ومالك المشروع وبحيث يسترد المستثمر تكاليف المشروع من عائد التشغيل مع تحقيق ربح مناسب، وفى الوقت ذاته يقوم بتقديم الخدمة لجمهور المستهلكين والمنتفعين،

ويلتزم المستثمر فى ذلك بتطوير المشروع وصيانتـــه والإبقـاء عليـه سليما.

(٤) إعادة ونقل ملكية أصول المشروع الثابتة والمنقولة إلى الدولة أو الجهـة المتعاقدة المالكة له أصلا بحالة جيدة وصالحه للاستمرار فى العمـل[١]، بدون مقابل أو بمقابل يتم الاتفاق عليه فى العقد.

والتعريف السابق لنظام البناء والتشغيل وإعادة المشـروع "B.O.T." هو الصورة الرئيسية والشائعة فى العمل - بهذا النظام، غير أن العمـل قـد أسفر عن صور أخرى تتشابه مع نظام الـ "B.O.T."، نعـرض لـها فـى المطلب التالى.

---

(١) الدكتور/ محسن أحمد الخضيرى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٤.

المطلب الثانى

عقود التنمية الاقتصادية المشابهة لعقد الـ "B.O.T."

ذكرنا فيما تقدم أن اصطلاح "B.O.T." هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية هى Build – Operate – Transfer، وتعنى: البناء والتشغيل ونقل الملكية، أو "تحويل الملكية"[١]، وذكرنا أن هذا الاصطلاح يدل على شكل من أشكال تمويل المشروعات، وبناء على هذا فإن كلمة "B.O.T." هى اصطلاح فنى لنموذج من أجل تنفيذ وتطوير مشروعات البنية الأساسية وغيرها، فتمويل المشروع يشكل حجر الزاوية فى أسلوب ومنهج نظام الـ "B.O.T."؛ إلا أن هذا التعبير يتفرع عنه كثير من النظم ذات المسميات التى تدل على مشروعات قد تتشابه مع نظام الـ "B.O.T." وسوف نتحدث عن هذه الأنواع فيما يلى:

عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية :

Build, Ownership, Operate, Transfer "Boot":

وتتجلى أهمية هذا المصطلح فى أنه حدد ملكية المشروع للطرف المستثمر خلال مدة التشغيل وذلك عندما أضاف حرف "O" الثانى إلى مصطلح "B.O.T." وحرف "O" هو الحرف الأول من كلمة Ownership أى ملكية أو كلمة Own التى تعنى يمتلك، والمقصود هنا: تملك المستثمر للمشروع الذى قام بإنشائه.

وفى عقد "B.O.O.T." يتولى المستثمر مهام إقامة المشروع وتملكه واستغلاله لفترة محددة، ويستولى خلال هذه الفترة على عائدات المشروع لنفسه وفى النهاية ينقل ملكية المشروع إلى الطرف الأول دون مقابل أو

---

[١] يرجع البعض ظهور كلمة "B.O.T." واستخدامها إلى مطلع الثمانينات من قبل رئيس الوزراء التركى السابق "تورجوت أوزال" – راجع:

C. Walker & Aj. Smith. "editors" Prvatized infrastructre the "B.O.T.". approach, 1995, P. 6.

بمقابل متفق عليه، وعلى هذا فإن العقد يكون نوعا من أنواع عقود الاستثمار ·

وكثير من الفقهاء[١] لا يفرقون بين اصطلاحى الـ "B.O.T."، الـ "B.O.O.T."؛ اعتقادا منهم أن كلا من التعبيرين يؤديان نفس المعنى ·

فى حين يرى البعض[٢] أن الفرق بين العقدين يكمن فى تحديد مالك المشروع أثناء إنشائه هل هو الدولة صاحبة المشروع؟ أم شركة المشروع

---

(1) AUGUSTI, F., "B.O.T." Projects and Their Documentation", a Paper Submitted to the international Law Institute Seminar on Boot Projects, (May 3-1999), P. 2. "Levy – D., B.O.T. and Public Proccurment: A Conceptual Framework", Indiana International & Comparative Law Review, 1996.

مشار إليه فى: د· هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٤٧ هامش (٢)·

– المستشار/ محمود فهمى: الحقائق فى نظام الـ "B.O.T." – مقال بمجلة الأهرام الاقتصادى العدد رقم ١٦٢٤ فى ٢١ فبراير سنة ٢٠٠٠، ص ٣٨، الدكتور/ محمد محمد بدران: نحو آفاق جديدة للخصخصة، بحث مقدم فى دورة تدريبية بمركز البحوث والدراسات الإدارية بكلية الحقوق جامعة القاهرة عن المشكلات القانونية لعقدى الأشغال العامة والبوت فى الفترة من ١٢ – ٢٠٠٠/٣/١٥، ص ٢، الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات "B.O.T."، الدار الجامعية بالإسكندرية، ٢٠٠١ – ٢٠٠٢، ص ٦٣٢، الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية ووسائل حسم منازعاتها، ص ٥، الدكتور/ عبد الحميد الأحدب: عقود التمويل مع التشغيل "B.O.T."، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى عن عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية ووسائل حسم المنازعات الناشئة عنها، القاهرة فى ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠، الدكتور مهندس/ جمال نصار، والمستشار حسين مصطفى: مشروعات البوت: إعداد مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، المنعقد بفندق شيراتون هليوبوليس القاهرة، فى ٧ – ٩ أكتوبر ١٩٩٧، انظر أيضا:

UNIDO "B.O.T." GUIDELINES, Op. Cit, P. 3.

(٢) الدكتور/ محمد بهجت قايد: سابق الإشارة إليه، ص ٩.

"المستثمر"؟ ففى عقد أل‍ـ "B.O.O.T." تكون الملكيـــة لصـــاحب الامتيـــاز "المستثمر" التى سوف ينقلها للدولة مانحة الامتياز عند انتهاء مدة الامتياز .

أما فى عقد الــ "B.O.T." فالملكية تكون للدولـــة مانحـــة الامتيـــاز باعتبار أن المشروع يبنى لحسابها وإن كان التمويل من القطاع الخـــاص، وما يتم نقله إليها عند انتهاء مدة المشروع هو حيـــازة المشـــروع وليـــس ملكيته .

ومن جانبا لا نرى داعيا للتمييز بين اصطلاحى الــ "B.O.T." والــ "B.O.O.T."، ونؤيد اعتبارهما تعبيرين عن نظام واحد للأسباب الآتية:

أولا: أنه وإن كان تعبير الــ "B.O.O.T." أكثر تحديدا فـــى الدلالـــة على مالك المشروع حال الإنشاء والاستغلال، فإن الملكية المقصودة ليســـت هى الملكية الكاملة بعناصرها المعروفة فى القانون المدنى[1]، والتـــى هـــى أوسع الحقوق العينية نطاقا، وهى الاستئثار بالشىء فى استغلاله واســـتعماله والتصرف فيه، وإنما هى ملكية مشروطة مؤقتـــة مرحلية مقصـــورة علـــى ملكية المستثمر للمعدات والأدوات الرأسمالية (خلال مدة الإنشاء فقـــط)، دون الأرض التى تظل مملوكة لمالكها الأصلى، ويكون للمســـتثمر الحـــق فـــى استغلال المشروع فقط بتحصيل عوائده، ولكن لا يجوز له التصـــرف فيـــه، والتصرف هو أهم ما يميز حق الملكية فلا يجوز له - مثلا - أن يبيعـــه أو يهبه أو يوصى به أو يتنازل عنه لجهة أخرى، دون الرجوع إلى المالك، ولا يكون الحق حق ملكية، إذا منع صاحبه من التصرف فيه منعا أبديا .

- - الدكتور هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢١ وما بعدها .

(١) تنص المادة ٨٠٢ من القانون المدنى على أن: "لمالك الشىء وحده فى حدود القـــانون حـــق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"، وكان التقنين المدنى السابق يعرف حق الملكية فى المـــادة ١١/٧ بأنه: "الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة"، فكـــان حـــق الملكية فى التقنين السابق مطلقا بينما خرج القانون الجديد بأن الحق مقيد "بحدود القـــانون" - انظر الدكتور/ السنهورى، الوسيط، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٦١٢.

كما أن المستثمر مقيد فى استعمال المشـروع بالغرض الذى أنشئ من أجله والذى يتعلق بتقديم خدمة للجمهور، فبينما يكون المالك له الحق فى استعمال ملكه – كما يشاء – أو عدم استعماله، فإن المستثمر المتعاقد للتنفيذ بنظام الـ "B.O.T." لا يستطيع أن يغلق المشـروع أو أن يتوقف عن استعماله بإرادته، لتعلق ذلك بمصالح الناس التى أنشئ من أجلها المشـروع، ومصلحة المالك الذى يبتغى إنشاء المشروع.

أما الاستغلال فهو حق للمالك أيضا فله الحق فى استغلال ملكه أو عدم استغلاله، بينما لا يستطيع ذلك المستثمر فى نظام الـ "B.O.O.T."؛ نظرا لارتباط ذلك بمصلحة المالك والجمهور من الناس، كما أنه مقيد فى استعماله واستغلاله بالغرض الذى أنشئ من أجله المشـروع وبالكيفية المحددة فى العقد، فلو كان المشروع يتعلق بإنشاء مطار فلا يجوز له أن يغلقه أو يستغله كورشة، أو مكان لإيواء السيارات.

كما أن الحكومة أو الجهة المالكة تحدد الحاجة إلى المشروع ومجاله وأسس البناء، ونماذج التصميم وشروطه وليس المستثمر حرا فى أن يبنى كما يشاء[1].

ثانيا: أن السلطات التى يخولها حق الملكية للمالك – طبقا للقواعد العامة[2] – لا تتوافر للمستثمر فى عقد الـ "B.O.T.".

---

(١) انظر:

Unido "B.O.T.", Gudlines, Op. Cit., P. 3.

(٢) كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى ينص فى المادة ٨٠٢ على أن لمالك الشىء، مادام ملتزما حدود القانون، أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون تدخل من جانب الغير ...." وقد عدل النص فى لجنة المراجعة فأصبح يجرى على أن "لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه". فحل لفظ "وحده" محل عبارة "دون تدخل من جانب الغير"، دون تغيير فى المعنى.

ويرى الأستاذ الدكتور/ السنهورى، أن الملكية حق جامع مانع، فهى حق جامع يشتمل على أوسع السلطات التى تكون للشخص على الشىء، فهى تخول للمالك حق الانتفاع بالشىء واستغلاله والتصرف فيه، وليس لصاحب حق عينى آخر كل هذه السلطات، وهى حق –

- فقد رأينا أن المستثمر المتعاقد للتنفيذ وفقا لهذا النظام إنما يباشر عمله تحت إشراف المالك سواء كان جهة حكومية أو غير حكومية كما أنه يخضع فى التشغيل والاستغلال لرقابة المالك.

- إن المالك يتدخل ليحدد للمستثمر أوجه الاستغلال التى يتم التعاقد على أساسها، ويمكن أن يتدخل بفرض بعض القيود، ومثل ذلك نص المادة الثالثة فقرة "ب"، من عقد إنشاء وتشغيل مطار مرسى علم[1]، والتى نصت على أنه: "يحق للمستثمر إنشاء أبنية أخرى لازمة لاستغلال جزء أو أجزاء من الأرض مثل إقامة مبان خاصة بالأسواق الحرة أو أى مبان إدارية أو تجارية أو ترفيهية يمكن أن تدر مبالغ إضافية لرفع قيمة الاستغلال، على أن يكون ذلك بعد موافقة المالك والجهات المعنية الأخرى، وبما لا يتعارض مع التخطيط العام للمطار حاليا أو مستقبلا، والتخطيط العام للمنطقة".

- وقد يشترط المالك الحصول على نسبة من عائدات المشروع فقد نصت الفقرة (ج) من المادة الثالثة من عقد إنشاء وتشغيل مطار مرسى علم على أن: "يلتزم المستثمر أن يدفع للمالك نسبة من عائد جميع استثماراته بالمطار ...".

- بل إن المالك قد يحدد للمستثمر حجم استثماراته فى المشروع ووقت التنفيذ فنجد مثلا - أن البند الرابع من عقد امتياز إنشاء وإدارة واستغلال محطة الحاويات والبضائع العامة والبضائع الصب بالحوض الأول لميناء العين السخنة بنظام الـ "B.O.T." قد نص على التزام

- مانع مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه أو يتدخل فى ملكيته. انظر: الوسيط، الجزء الثامن، ص ٦٦١.

(١) أبرم عقد مطار مرسى علم فى ١٩٩٨/٢/٨، وقد وردت نصوص العقد مرفقة بقرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ "B.O.T." لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات - انظر جريدة الوقائع المصرية العدد رقم ١٦٤، تابع الصادر فى ١٩٩٨/١١/١٩.

الطرف الثانى باستثمار مبلغ لا يقل عن ١٨٦ مليون دولار أمريكى فى تجهيز الساحات والإنشاءات والمعدات وفقا للخطة الزمنية المبينة تفصيلا بخطة العمل المعتمدة[١].

ثالثا: يقتضى حق الملكية أنه إذا أتلف المالك العين المملوكة له فليس عليه ضمان أو تعويض، بينما إذا أتلف المستثمر المشروع أو أصوله التزم بإعادة الحال إلى ما كان عليه، بل عليه تعويض المالك - أحيانا - .

رابعا: أن الملكية بطبيعتها لا تقبل التوقيت، فحق الملكية حق دائم[٢]، غير مؤقت بعكس الحقوق الأخرى التى تكون بطبيعتها مؤقتة، فالحق

---

(١) تم التوقيع على هذا العقد بالأحرف الأولى من الطرفين فى ١٩٩٩/٥/٩ فى مجلس الوزراء على أن تعتبر نصوص هذا الاتفاق نهائية عند اعتماد مجلس الوزراء لمنح الالتزام للطرف الثانى طبقا للقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ وقد وافق مجلس الوزراء بالفعل بجلسته بتاريخ ١٩٩٩/٩/٨ على عقد الامتياز المذكور - انظر: تجربة الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر فى تشغيل شمال العين السخنة - ورقة عمل من إعداد محمود محمد عثمان خضر مقدمة للمؤتمر الدولى عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، المنعقد بمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

(٢) يتجه أغلب الفقه إلى أن حق الملكية حق دائم لا يجوز توقيته بأجل، ويعبر الفقه الإسلامى عن ذلك بالقول بأنه: "لا يجوز أن تؤقت الملكية بوقت، والاتفاق على ذلك يكون باطلا". انظر: محمد بن أحمد ميارة الناس: شرح ميارة على تحفة الحكام، المكتبة التجارية بالقاهرة، بدون تاريخ، الجزء الثانى، ص ١٦٠. الشيخ على الخفيف: الملكية فى الشريعة الإسلامية، مطبعة الجبلاوى، ١٩٦٩، ج ١، ص ٧٩.

وانظر فى فقه القانون المدنى: الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء الثامن، دار النهضة العربية، ص ٥٥٠. والدكتور/ جميل الشرقاوى: دروس فى الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ١٨، الدكتور عبد المنعم البدراوى: حق الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، المطبعة الحديثة،/ ١٩٩٤، ص ٢٠، الدكتور/ توفيق فرج: الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٣، ص ٥٠ وما بعدها. الدكتور/ محمد على عرفة: شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية، ج ١، مطبعة =

الشخصى لا يمكن أن يكون دائما، ولابد من انقضائه فى وقت ما، والحقوق العينية غير حق الملكية، كحق الانتفاع[(١)] والاختصاص والامتياز كلها حقوق مؤقتة، أما حق الملكية فإنه يبقى ما دام الشىء باقيا[(٢)].

أما المستثمر المتعاقد للتنفيذ فى عقد الـ "B.O.T." فحقه مؤقت بطبعه؛ إذ ينتهى بانتهاء المدة المتعاقد عليها لتنفيذ المشروع واستغلاله

= فؤاد الأول، ١٩٥٠، ص ٢١٠، ٢١١. الدكتور، محمود جمال الدين زكى: دروس فى الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦، ص ٣٧. الدكتور/ نعمان جمعة: الحقوق العينية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٨٩. الدكتور/ عبد الرازق فرج: دوام الملكية، ١٩٨١، ص ١١٠. الدكتور/ عبد الناصر فكرى محمد: مبدأ دوام الملكية، وأثر مضى المدة فى انقضائه فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٨، حيث ينتهى إلى أن "ومقتضى ذلك أن الذى يتنافى مع خاصية دوام الملكية هو أن تقترن الملكية بتحديد أجل تنقضى بحلوله"، ص ٢٧٤.

وهناك من يقول بأن الملكية لا تتصف بخاصية الدوام: انظر فى ذلك: الدكتور/ منصور مصطفى منصور: حق الملكية فى القانون المدنى المصرى، ١٩٦٥، ص ١٩. الدكتور/ حسن كيرة: الموجز فى القانون المدنى، ١٩٧٥، ص ٦٧ – ٧١. الدكتور إسماعيل غانم: الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية – الطبعة الثانية، ١٩٦١، ص ٣٣.

(١) قضت محكمة النقض بأن: "المادة ٩٩٣ من القانون المدنى نصت على أن ينقضى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، وأمام صراحة النص، لا ينبغى الخروج عليه أو تأويله، وأمام عموميته فلا محل لتخصيصه". (نقض مدنى فى ٢٨ مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١، رقم ٢٨٨، ص ١٥٣١".

ويعرف حق الانتفاع بأنه من الحقوق المتفرعة من حق الملكية، وينتج عن تنازل المالك عن حقه فى استعمال الشىء واستغلاله لمدة معينة، فيكون للمتنازل له الحق فى الانتفاع بالشىء واستغلاله لمدة معينة. الدكتور/ محمد على عمران: الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى – أسباب كسبها وصورها، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص ٢٦٥.

وعرفه الدكتور/ محمود جمال الدين زكى بأنه: "حق عينى يخول لصاحبه الانتفاع بشىء أو بحق لغيره، مع احتفاظه بعينه لصاحبه، فيؤدى قيامه إلى تجزئة حق الملكية إلى انتفاع، وملكية رقبة. انظر مؤلف سيادته، سابق الإشارة إليه، ص ٥٨٦.

(٢) الدكتور السنهورى، الوسيط، الجزء الثامن، ٦٦٥.

وسواء عبر عنه باصطلاح "B.O.T." أو باصطلاح "B.O.O.T." فإن المستثمر يلتزم بإعادة المشروع وأصوله إلى المالك فى نهاية المدة المتفق عليها.

ولعله بذلك يتضح أنه لا صحة لما يتردد من أن المالك يتملك المشروع أثناء فترة الإنشاء والتشغيل، وإنما له فقط حيازته خلال المدة المتعاقد عليها لتنفيذ واستغلال المشروع والتى يلتزم فى نهايتها بإعادة المشروع إلى مالكه الأصلى، وهذه الحيازة محددة بغرض الانتفاع والاستغلال[1] سواء عبر عن العقد باصطلاح "B.O.T." أو باصطلاح "B.O.O.T."، فالفرق بينهما لفظى ليس أكثر، ولعل المقصود بإيراد لفظ الملكية "Onership" فى اصطلاح البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية هو تعبير مجازى بغرض تحفيز المستثمرين.

ويلاحظ أن غالبية العقود التى تم إبرامها فى مصر قد استخدمت اصطلاح الـ "B.O.T." معتبرة أنه يفترض فى المستثمر أن ينتفع بالمشروع ويقوم بتشغيله، وعليه إعادته إلى مالكه بعد انتهاء مدة الامتياز، ومن هذه العقود عقد مطار مرسى علم[2]، والذى تصدر بعنوان "عقد منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام "B.O.T." ..."، ويلاحظ أن هذا العقد قد تجنب استخدام كلمة ملكية واستعمل بدلا

---

[1] لعل أدق تعبير فى وصف هذه الحالة هو ما ورد فى الفقه الإسلامى فى التمييز بين حق الرقبة، وحق المنفعة، حيث يكون ملك الرقبة لشخص وتكون المنفعة لشخص آخر غير مالك الرقبة، فلا يجوز لمالك الرقبة أن ينتفع بالعين ولا أن يتصرف فى منفعتها ما دام أن هذه المنفعة فى ملك غيره، كما لا يجوز له أن يتصرف فى الرقبة ذاتها إلا بإذن صاحب المنفعة، وإذا انتهى حق المنفعة فإن مالك الرقبة يعود له الملك التام على العين. انظر أبا بكر بن مسعود الكاسانى، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، ط ٧، ص ٢٨٦، ج ١ مصر، سنة ١٣٢٨هـ.

[2] أعد هذا العقد بواسطة إدارة الفتوى لوزارة النقل والمواصلات، التابعة لمجلس الدولة، وتم إبرامه فى ١٩٩٨/٢/٨، وقدم ضمن أوراق المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T." الذى عقد فى فندق الميريديان بالقاهرة فى الفترة من ٤ - ١٩٩٩/١١/٧.

منها عبارة "إنشاء وتشغيل واستغلال" وهى عبارة دقيقة فى الاتجاه الذى نذهب إليه.

بينما جاء بالمادة الثالثة فقرة (ب): "يمنح المالك المستثمر الحق فى حدود قوانين جمهورية مصر العربية - فى إشغال موقع المطار والأراضى الأخرى اللازمة التى تتطلبها الإنشاءات، وعملية الطيران لتمكينه من إنشاء وتشغيل المطار ....." ويلاحظ فى هذه الفقرة تجنب النص على ملكية موقع المطار وعبر عنها بعبارة إشغال أرض المطار، وحدد الغرض من ذلك الإشغال بعبارة "ليتمكن من إنشاء وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام" ليتمشى مع الاتجاه الصحيح فى القانون.

ومن جماع ما تقدم يمكننا أن نشير إلى أن اصطلاح "B.O.O.T." غير دقيق ولا يعبر عن الواقع فى مشروعات الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع التى تعطى للمستثمر حق انتفاع بالمشروع يخوله له حيازته بغرض الاستغلال وليس تملكه؛ ولذلك سنستخدم اصطلاحى "B.O.T." و "B.O.O.T." بمعنى واحد - فى بحثنا؛ تمشيا مع الاتجاه الذى نميل إليه، كما أننا - بالنظر لما سبق - نجد أن عبارة "نقل الملكية" - غير دقيقة أيضا، فقد رأينا - فيما سبق - أن ملكية المشروع، لم تنتقل من مالكها الأصلى الذى ظل محتفظا بها وإنما الذى انتقل إلى المستثمر فى أثناء مرحلة الإنشاء والتشغيل هو الحيازة والذى ينتقل من المستثمر إلى المالك بعد انتهاء مرحلة التشغيل والاستغلال هو الحيازة أى أن حيازة المشروع تعود إلى مالكه؛ لذلك نفضل أن نستخدم عبارة البناء والتشغيل وإعادة المشروع، بدلا من عبارة البناء والتشغيل ونقل الملكية - وهو التعبير الشائع - للتعبير عن العقد.

عقود البناء والتملك والتشغيل :

Build, Own, Operate. "B.O.O." :

وهذه العقود تبرم بين الحكومة ومستثمر أو مجموعة من المستثمرين على إقامة المشروع وتملكه وتشغيله، وفى هذا النوع من العقود

لا يلتزم المستثمر بتحويل المشروع إلى المالك مثل العقـود السـابقة؛ إذ لا يتضمن عنصر نقل الملكية Transfer فهو شكل مـن أشـكال الخصخصـة Privatization الكاملة[١]، ولكن قد ينتـهى بانتـهاء العـمـر الافـتراضى للمشروع أو تعويض الدولة للملاك عن حصص الملكية، وعلـى ذلك فـلا محل لانتماء هذا النوع من أنواع العقود إلى عقود الـ "B.O.T."[٢].

عقود التصميم - البناء - التمويل - التشغيل :

Design, Build, Finance, Operate "D.B.F.O." :

٢٧ - وفى هذه العقود يتم الاتفاق على تصميم المشروع منذ البدايـة خاصة عندما يحتاج المشروع إلى تصميم معين "Design" مثل تصميم جسر أو نفق ذى طبيعة خاصة، أو تصميم مطار أو ميناء، ثم بعـد ذلـك بنـاء "Build" المشروع، وتوفير التمويل "Finanec" اللازم له وبصفـة خاصـة عندما يحتـاج إلى تمويل مستمر وكاف لحسن إدارته ثم تأتى فـى النهايـة عملية التشغيل "Operate" ليحصل المستثمر على إيرادات المشروع خـلال فترة التشغيل، ثم تئول الملكية إلى الدولة[٣].

ويلاحظ أن هذا النوع لا يختلف كثيرا عن عقود الـ "B.O.T." وإن كان أكثر تفصيلا فيما يتعلق بالتصميم والتمويل، ولقد اسـتخدم اصطـلاح "D.B.F.O." للدلالة على ثمانية مشـاريع طـرق رئيسـية فـى المملكـة المتحدة[٤].

---

(1) Faye Levin - : Introduction, to, B.O.T., Apaper presented at the international, Build, Operate, Transfer, "B.O.T." conference, Horghada, 1996, P. 2.

(٢) محمد شريف الناظر، سابق الإشارة إليه، ص ٦.

(٣) الدكتور/ حمدى عبد العظيم، سابق الإشارة إليه، ص ٥.

(4) C. Walker, A. J. Smith, Op. Cit., P. 194.

عقود البناء والاستئجار، والتشغيل والتحويل :

Build, Rent, Operate, Transfer "B.R.O.T." :

وفى هذا النوع يقوم المستثمر ببناء المشروع لحساب المالك على نفقته على أن يقوم باستئجار المشروع بعد ذلك ليستغله لفترة معينة، يحصل خلالها على مقابل تقديم الخدمة للجمهور أو للمتعاقد معه ثم يعيده إلى المالك فى نهاية المدة المتفق عليها، وهذا النظام يتفق مع نظام الـ "B.O.T." فى أن ملكية المشروع المنفذ تكون خالصة للجهة المالكة والتى لها الإشراف عليه، وإن كان تشغيله الفعلى وإدارته فى يد المستثمر، وهذا النوع من العقود يجد مجاله فى المشروعات القابلة للتأجير مثل إقامة ميناء جوى أو إقامة منتجع سياحى أو إقامة سلسلة مطاعم أو طرق سريعة.

عقود البناء والتملك والتأجير التمويلى ونقل الملكية :

Build, Own, Lease. Transfer "B.O.L.T." :

وفى هذا النوع يقوم المستثمر ببناء المشروع وتملكه مؤقتا ثم تأجيره للمالك أو للغير تأجيرا تمويليا ثم تحويل ملكيته إلى الدولة فى نهاية مدة العقد[1]، وهذا النوع يصلح لإقامة مشروعات البنية التحتية والمرافق الهيكلية التى تحتاج إلى معدات وآلات رأسمالية لتشغيلها، كما قد يكون المستثمر المتعاقد على تنفيذ المشروع غير قادر على تشغيله، فيقوم بتأجيره إلى مستثمر آخر لإدارته وتشغيله خلال فترة العقد.

ويوجد مثال على هذا العقد تم بين متعاقدين كلاهما من القطاع الخاص، فقد قام بنك "ستاندر تشارتر أوف هونج كونج بالتعاقد مع شركة أليشيما تسوم العقارية المحدودة وهى شركة يابانية للتأجير من الباطن لمساحة تصل إلى ٣٠%، من مبنى المقر الجديد للبنك الذى وافقت شركة (تشيما ستو) على بنائه بتمويل منها لمدة خمسة وعشرين عاما لتحصل

---

(١) عبد الحق منصور: المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T." الناجحة فى مصر، مقال منشور بمجلة الجمارك المصرية، العدد رقم ٣٨٣٣٩ الإصدار الثامن سنة ١٩٩٩، ص ١٠.

الشركة على دخل إيجارى من المتوقع أن يسترد تكاليف الإنشـــاء ويضـــاف إليها أرباح"[١].

عقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز :

Build, Operate, Renewal a Conession "B.O.R.":

وهذا النوع يجد مجاله فى العقود التى تحتـــاج إلـــى تجديـــد مـــدة الاستغلال، حيث يكون للمشروع منافع مســـتمرة، ويكـــون لـــه منتفعـــون ومستهلكون فى تزايد، وفيه يتم التعاقد على بناء المشروع ثم تشغيله للفـــترة المتعاقد عليها ثم تجديده لفترة جديدة، وهو يحتاج إلى مفاوضـــات متجـــددة بتجدد الحاجة إلى تجديد عقد الامتياز[٢].

عقود التحديث والتملك والتشغيل وتحويل الملكية :

Modernize, Own, Operate, Trannsfer "M.O.O.T." :

وفى هذا النوع يتعهد المستثمر بتجديد المشروع الذى يكـــون أحـــد المرافق العامة أو أحد مشروعات البنية الأساسية، وتطويره تكنولوجيا، وفقـــا للمستويات العالمية، ويصبح مالكا له، ويتولى تشغيله لفترة معينـــة، يســـتغله فيها بالحصول على إيرادات تشغيله ثم يعيد الملكية فى نهايـــة الفـــترة إلـــى المالك دون مقابل[٣].

ويلاحظ أن هذا النوع يتفق مع عقـــود الـــ "B.O.T." مع اســـتبدال البناء "Build" بالتحديث "Modernize" أى أن الـــ "B.O.T." ينصب علـــى مشروع جديد أما الـــ "M.O.O.T." فينصـــب على مشروع قائم فى حاجـــة إلى تطوير وتحديث.

---

(1) C. Walker, A J. Smith. Op. Cit., P. 149.

(٢) الدكتور/ محسن أحمد الحضيرى، سابق الإشارة إليه، ص ١٢.

(٣) الدكتور/ عمرو أحمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظـــام الـــ "B.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٠٥، ١٠٦.

عقود الإيجار والتجديد والتشغيل وتحويل الملكية :

Lease, Renwal, Operate, Transfer "L.R.O.T." :

ويعنى هذا النوع قيام مستثمر من القطاع الخاص باستئجار مشـروع ما من الجهة المالكة له – لمدة محدودة – ثم يقوم بعملية تجديـده وتشـغيله واستغلاله، وبعد انتهاء المدة المحددة للإيجار يقوم بإعادته إلى الجهة المالكـة بحالة جيدة دون مقابل.

ويلاحظ أن هذا النظام إنما ينطوى على عقـد إيجـار عـادى وإن أضيف له عنصر تجديد "Renwal" للمشروع المسـتأجر غـير أن إعـادة المشروع إلى مالكه الأصلى – إنما هو بسبب انتهاء مدة الإيجار، ومن ثـم لا يصح أن نطلق عليه نقل الملكية "Transfer".

وعلى سبيل المثال فإن الحكومة الفنزويلية تملك مصنعـا لاختـزال الحديد مسمى "بفتوركا" وقد قامت بعض الشركات التجارية اليابانية باستئجار ذلك المصنع من الحكومة لمدة أحد عشر عاما، ثم قامت بتجديـد المصنـع وتحويله للاستخدام بأسلوب إنتاجى حديث، على أن يعود للحكومة بعد نهايـة هذه المدة[١].

عقود البناء، والتمويل، والتحويل :

Build, Finance Transfer :

وهذا النوع يقوم على مبادرة القطاع الخاص بتقديم التمويل الـلازم لإقامة مشروع معين من مشروعات البنية الأساسية، ثم تقوم الدولة بسـداد تكلفة التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط[٢].

---

(١) انظر:

C. Walker, A. J. Smith, Op. Cit., P. 19.

– الدكتور/ محسن أحمد الخضيرى، البحث سالف الذكر، ص ١٣.

(٢) الدكتور/ حمدى عبد العظيم، سابق الإشارة إليه، ص ٩.

وهذه هى أهم عقود التنمية الاقتصادية المشابهة لعقود الـ "B.O.T." ويلاحظ أن ما يجمع بين هذه الأشكال جميعا، هو أن الحكومة أو الجهة المالكة للمشروع لا تتحمل سداد أية نفقات فى تشييد وتطوير المشروع، ولكن المستثمر يحصل على ما تكبده من نفقات من عوائد تشغيل المشروع أثناء فترة التشغيل والاستغلال، وتوجد بعض أنواع أخرى من العقود آثرنا عدم الحديث عنها لكونها متضمنة فى الأنواع السابقة[1].

على أن هناك سمات أساسية تميز الـ "B.O.T." نشير إليها فى المطلب التالى.

المطلب الثالث

السمات الرئيسية لنظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."

ومما سبق نستطع أن نستخلص السمات الرئيسية لنظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع، ويمكن أن نوجزها فيما يلى:

(أ) أن نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع - هو نظام تعاقدى :

فهو فى صورته الأساسية توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء مشروع معين يستغله الطرف المنشئ "المستثمر"، فترة من الزمن يقوم فيها بتشغيله واستغلاله فترة يسترد فيها ما أنفق، ويجنى أرباحا مناسبة، ثم يعيده إلى الطرف الأول المالك له أصلا.

ولما كان العقد - بصفة عامة - هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله

---

(١) هناك على سبيل المثال مشروعات: إعادة تأهيل وتملك وتشغيل Renabilitare, Own, Operate "R.O.O." وهى شكل من أشكال التخصيصية، وهناك عقود البناء ونقل الملكية والتشغيل "B.T.O." وهو من عقود التشغيل.

أو إنهاؤه[١]. فإن نظام الـــ "B.O.T." لا يخرج عن هذا المفهوم، فهو توافـق إرادتى طرفين أحدهما يملك والآخر يستثمر، بينما يقـــوم الطـــرف الآخـــر "المستثمر" بالتشييد والاستغلال فترة زمنية ثم الإعادة إلى المالك.

إلا أن هناك من يرى ....[٢]، أن نظام البناء والتشغيل والتحويـــل ليس عقدا أو اتفاقا، بل هو تنظيم أو مفهوم اقتصادى يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات والعقود بين أطراف مختلفة، من ذلـــك اتفـــاق الـــترخيص أو الامتياز الذى تبرمه الدولة مع المستثمر، وما يرتبط به من اتفاقات تكميليـــة، كما توجد الاتفاقات التى تبرم بين المساهمين فى شركة المشروع، والمستثمر لتنظيم العلاقة الداخلية بينهم، واتفاقات التمويل التى تقـــوم بيـــن المســـتثمر ومجموعة البنوك المقرضة، والاتفاقات أيضا التـــى تـــبرم بيـــن المســـتثمر وكونسرتيوم المقاولات لتشييد المشروع ... كما توجد أيضا الاتفاقات بيـــن المستثمر وشركة التشغيل لإدارة وتشغيل وصيانة المرفق، وغير ذلـــك مـــن الاتفاقات ....

ومن جانبنا نرى أن نظام الـــ "B.O.T." هو نظام تعـــاقدى منشـــأه توافق إرادات الأطراف المتعاقدة.

- فهناك إيجاب وقبول – أى توافق إرادتين أو أكثر.
- وهاتان الإرادتان فى توافقهما تتجهان إلى إحداث أثر قانونى.
- ويقع التراضى فى عقد الـــ "B.O.T." على جميع أركان العقد.

---

[١] الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، ج ١، دار النهضـــة العربيـــة، ١٩٨٩، ص ١٤٩؛ الدكتور/ عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزام"، دار النهضة العربيـــة، سنة ١٩٩٠، ص ١٧؛ الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار: أحكام العقـــود فـــى الشـــريعة الإسلامية والقانون المدنى، ج ١، عقد البيع، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون سنة طبـــع، ص ٤١.

[٢] الدكتور هانى/ صلاح سرى الدين: الإطار القانونى للمشروعات التى يتم تمويلها عن طريـــق القطاع الخاص، بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل فى مصر، بحث سالف الإشارة إليـــه، ص ١٧٣.

وإن كان نظام "B.O.T." يتفرع عنه عدة عقود متكاملة ومترابطة، فإن عقد الـ "B.O.T." هو أهم هذه العقود ويأتى على قمتها وهو الذى يحرر بين مالك المشروع سواء كانت الحكومة أو غيرها، وبين المستثمر أو شركة المشروع، إذ يعتبر إطارا عاما يضم كل هذه العقود المتفرعة عنه.

(ب) عقد الـ "B.O.T." من عقود التمويل :

نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية هو آلية من آليات تمويل المشروعات سواء فى البنية الأساسية أو غيرها من المشروعات العامة أو الخاصة، ويقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات العامة على الرأى الغالب(١)، أو العامة والخاصة على ما نعتقد.

والتمويل هو توفير المال لاستثمار جديد وهذا المال إذا لم يتوافر للمستثمر اقترضه من مدخر آخر، أو هو الإمداد برأس المال أو بقرض نقدى للحاجة إليه فى تنفيذ الأعمال(٢).

وفى عقد الـ "B.O.T." يدبر المستثمر الذى هو من القطاع الخاص المال اللازم لتنفيذ المشروع.

وإذا كان التمويل هو العنصر المهم فى مشروعات الـ "B.O.T."؛ إذ السبب الرئيسى فى اللجوء إلى هذا النظام هو نقص التمويل لدى الدولة

---

(١) UNIDO "B.O.T.", Guidelines. Op. Cit., P. 3.

انظر أيضا: الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية "B.O.T."، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، المنعقد بفندق شيراتون هليوبوليس القاهرة، من ٧ – ٩ أكتوبر ١٩٩٧، ص ٤. والدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٣٢، والدكتور/ حمدى عبد العظيم، سابق الإشارة إليه، ص ٢.

(٢) الدكتور/ عبيد على أحمد الحجازى: مصادر التمويل – مع شرح لمصدر القروض، وبيان كيفية معاملتها ضريبيا، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١١.

أو الجهة المتعاقدة، فإن ما يدعم ذلك – من وجهة نظر القطاع الخاص – أن عقد الـ "B.O.T." من عقود الاستثمار أيضا.

(ج) عقود الـ "B.O.T." من عقود الاستثمار:

يعرف عقد الاستثمار بأنه: توجيه جانب من أموال المشروع الأجنبى أو خبرته التكنولوجية إلى العمل فى مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية[١].

وعرفه البعض[٢] بأنه: "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر.

ونظام البناء والتشغيل ونقل الملكية شكل من أشكال الاستثمار وتدفق الموارد المالية، وصورة من صور توسيع الملكية الخاصة، وعلى ذلك فإن المستثمر له أن يستفيد من قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، سواء من ناحية تأسيس شركة المشروع، أو من ناحية المزايا العديدة التى يمنحها القانون للمستثمرين، والتى سيأتى الحديث عنها فى الباب الثالث من هذا البحث، وإدراج عقود الـ "B.O.T." ضمن عقود الاستثمار يجعلها أقرب إلى طبيعة عقود القانون الخاص.

(د) عقد الـ "B.O.T." تغلب عليه طبيعة القانون الخاص :

يعتبر عقد الـ "B.O.T." إطارا عاما تنتظم تحته مجموعة من العقود تنظم أجزاء مختلفة من مراحل إتمام المشروع، وتزداد أهمية هذا الإطار التعاقدى فى الدول التى تأخذ بنظام الازدواج القضائى – "العادى – والإدارى" – فهناك عقود لا تكون الدولة طرفا فيها، مثل عقود التمويل التى تبرم بين المستثمر والبنوك، وعقود الإنشاء التى تبرم بين المستثمر

---

(١) الدكتور/ محسن شفيق: المشروعات ذات القوميات المتعددة من الناحية القانونية"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثانى، سنة ١٩٧٨، ص ٢٣٨.

(٢) الدكتور/ حازم جمعة: المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها فى القانون الدولى، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٠، ص ١٥٧.

والمقاولين والمهندسين، وغيرهم، وعقود التأمين، وغيرها، فهذه العقـــود لا جدال فى طبيعتها الخاصة والتجارية.

أمـــا العقود التى تبرم بين الدولة أو أحد أجهزتيا وبين المســـتثمر، فإن طبيعتها القانونية، قـــد أثارت كثيرا من الجدل بين من يرى أنـــيا مـــن عقود القانون العام، ومن يضفى عليها طبيعة عقود القانون الخـــاص، ومـــن توسط فجعلها من طبيعة مزدوجة.

والحقيقة أن عقد الـــ "B.O.T." عقـــد استثمار عـــادى ويتـــم وفقـــا لصورة أقـــرب لعقود القانون الخاص وما يســـوده من مبدأ سـلطان الإرادة، بل إن عقود الـــ "B.O.T." تعتبر من عقود التجارة الدولية التى تقوم علـــى إقامة مشروعات استثمارية بواسطة شركات دولية[١] - على النحو - الـــذى سوف نفصله عند الحديث عن الطبيعة القانونية لعقد "B.O.T." فـــى البـــاب الثانى من البحث.

وهذه هى السمات الأساسية التى نرى أن عقد الـــ "B.O.T." يتمتـــع بها، ولا غرو أن هذا الاهتمام بنظام ألـــ "B.O.T." وانتشاره فى أقطار العالم المختلفة إنما يرجع إلى أهمية هذا النظام الأمر الذى نوضحه فـــى المبحـــث التالى.

---

(١) انظر: الدكتور/ إبراهيم درويش: سلطة تحديد مشروعات الاستثمار فى مجال المرافق بنظـام "B.O.T." مقال بجريدة الأهرام العدد الصادر فى ١٩٩٨/١٠/٨، ص ٢٤.

المبحث الثانى

نشأة وانتشار نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع

"B.O.T."

كثـر الحديث فى الآونة الأخيرة عن نظام البناء والتشغيل وإعـادة المشروع "B.O.T." وعقدت من أجلـه المؤتمرات والندوات[١] التى تتناول بالتحليل والتمحيص مزاياه وترصـد محاذيره وسبل مواجهتـها وتعـرف نظمه وأساليبه التعاقدية، ولقد أصبح هذا النظام عنصرا أساسيا فـى عملية التنمية وعاملا مساعدا فى سد الفجوة القائمة بين الدول الصناعيـة والـدول النامية٠

هذا الاهتمام يرجع بالدرجة الأولى إلى انتشار نظام الـــ "B.O.T." فـى معظم أقطار العالم المتقدمة منها والنامية على السواء، وهذا الانتشـار وإن كان قد بدأ يجذب الانتباه منذ منتصف عقد الثمانينـات مـن القـرن الماضى مع انتشار رياح التخصيصية والسعى إلى إعطاء القطاع الخـاص دورا أكبـر فى قيادة عجلة التنمية وتشجيع دور المبادرة الفرديـة وقـوى السوق فى إطار المنافسة والحرية٠

إلا أن التجاء الـدول إلـى إقامـة مشـروعات البنيـة الأساسـية Infrastructre، اعتمادا على التمويل من القطاع الخاص معروف مـن قديـم

---

(١) نظم مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى خمسـة مؤتمـرات عـن نظـام الـــ "B.O.T." عقد الأول بالغردقة سنة ١٩٩٦، وعقد الثانى بفندق شيراتون هليوبولس بالقـاهرة فى ٧ – ٩ أكتوبر ١٩٩٧، وعقد الثالث بفندق هيلتون شرم الشـيخ فـى ١٨ و ١٩ أكتوبـر ١٩٩٨، وعقد الرابع فى القاهرة فى ١٤ – ١٦ نوفمبر ١٩٩٩، وعقد الخامس بالقـاهرة فـى ٢٨، ٢٩ أكتوبر سنة ٢٠٠٠، كما عقدت وزارة المالية بالاشتراك مع البنك الإسلامى للتنميـة مؤتمرا فى ٢٧ و ٢٨ يناير ٢٠٠١ بفندق كونراد بالقاهرة، وعقدت أكاديمية السادات للعلـوم الإدارية ندوة عن نظام الـــ "B.O.T." فى ٢٩ – ٢٠٠١/١/٣١.

الزمان، وربما يعود ذلك إلى عصور الدولـة الرومانيـة[١]، حيث كـانت مشروعات الطرق والكبارى تمول من القطاع الخاص ثم يقـوم الممولـون بتحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشروعات.

وفى عام ١٧٨٢ أعطت الحكومة الفرنسية امتيازا إلى شركة (بـيرن أخـوان) امتيازا لتوزيع المياه فى باريس، وتبع ذلك العديد من الامتيـازات بعد سنة ١٨٣٠[٢].

ولقد نشأ هذا النظام فى الولايات المتحدة الأمريكيـة مـع الثـورة الصـناعية عندما تم التحول من النشاط التجارى إلى النشـاط الصنـاعى، وانتقل منها إلى العديد من دول أوربا خاصة بريطانيا التى كانت من أوائـل الدول التى شهدت الثورة الصناعية حيث كان للمقاولين من رجال الأعمـال دور هام فى انتشار معظم مشروعات البنية الأساسية التى دعمـت عمليـة الازدهار الاقتصادى فى ذلك الوقت[٣].

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، وانتشار النظم الاشتراكية أحكمت الدولة سيطرتها على مشروعات البنية الأساسية وعملت على نمـو القطـاع العام، وسارت عمليات التأميم الواسعة.

اللجوء إلي التخصيصية وأثره على انتشار نظام الـ "B.O.T.":

فى منتصف السبعينات من القرن العشرين ظهرت آراء اقتصاديـة تنادى بتقليص دور الدولة فى إنتاج السلع وأداء الخدمات وتركـها للقطـاع الخاص حيث إنه أكثر كفاءة من القطاع العام، وأن النظام الرأسمالى أصبـح

---

[١] نشأت الدولة الرومانية عام ٧٥٤ ق.م. وقام فيها نظام ملكى، وحل محله نظام جمـهورى عام ٥٠٩ ق.م. انظر الدكتور/ محمد عبد المنعم بدر، الدكتور/ عبد المنعم البدراوى: القانون الرومانى، دار النيل للطباعة، ١٩٥٠، ص ٩ – ٢٠.

[2] C. Walker, Aj. Smith (ed itorsl): Op. Cit., P. 10.

[٣] انظر: تقرير التنمية فى العالم من إعداد البنك الدولى، عام ٢٠٠٠، ص ١٤٣.
وأيضا:

SIDNEY LEVY; Build, Operate, Transfer, 1996, P. 20.

نظاما كونيا قابلا للتطبيق فى جميع الدول بصرف النظر عما يوجد بينها من اختلافات فى النواحى السياسية والاجتماعية والثقافية[١].

وكانت بريطانيا فى عهد رئيسة الوزراء السابقة، "مارجريت تاتشر" أول دولة تطبق هذه السياسة تحت اسم "الخصخصة Privatization" أو بتعبير أدق "التخصيصية"[٢]، ابتداء من عام ١٩٧٩، وسرعان ما انتشرت هذه السياسة فى معظم دول العالم بما فى ذلك الدول الاشتراكية، بعد انهيار الاتحاد السوفييتى، والنظام الاقتصادى الشيوعى الذى قام عليه، والتحولات الجذرية التى شهدتها أوربا الشرقية، بل حتى الصين الشعبية انتهجت سياسة التخصيصية، وتعظيم دور القطاع الخاص.

كما أن التخصيصية الكاملة قد تصلح لمشروعات معينة أو خدمات فى بعض الدول، ولكنها قد لا تصلح لتخصيص نشاطات بأكملها فى البنية التحتية فى بعض الدول - كمشروعات الطاقة والموانئ والمطارات والسكك الحديدية والمياه - إذ تحتاج هذه القطاعات إلى استثمارات ضخمة، وتتطلب تغييرات تنظيمية فى الدول التى تستخدم أسلوب التخصيصية.

لذلك فقد ظهر نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." كأحد أساليب التمويل التى تحتفظ للدولة بالسيطرة الاستراتيجية على

---

(١) عالم الاجتماع الأمريكى الشهير "بيتر برجر": الثورة الرأسمالية، مشار إليه فى الدكتور/ على لطفى، دور الدولة فى التنمية فى ظل الاقتصاد الحر، مع إشارة خاصة إلى مصر، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى السنوى الحادى والعشرين للاقتصاديين المصريين الذى نظمته الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، القاهرة، من ٢١ - ٢٣ أكتوبر ١٩٩٩، ص ٢.

(٢) ظهرت مصطلحات عديدة للتعبير عن عملية تحويل بعض الوحدات الإنتاجية من نطاق القطاع العام إلى نطاق القطاع الخاص ومن أبرز هذه المصطلحات الخصخصة، والتخصيصية، والاستخصاص، والخوصصة، ونزع الملكية العامة، وغيرها، ولكن من أكثر هذه المصطلحات سيرا فى الاستخدام تعبير "الخصخصة"، إلا أن هذا المصطلح لا يعبر عن المفهوم اللغوى لهذه العملية، لذلك نفضل عليه تعبير "التخصيصية"، لأنه أدق لغويا، حيث إن مصدر الفعل خصص "تخصيصا".

المشروعات التى تنفذ وفقا لهذا النظـــام؛ إذ تقوم الدولة بتحديد الحاجة إلـــى المشروعات ومجالها، ثم تطرحها على القطاع الخـــاص ليختـــار الراعـــى الخاص للتمويل والتنفيذ، وتتعهد عملية الإنشــــاء والاســتغلال بالإشــراف والرقابة، ثم يعود المشروع – فى حالة جيدة – إلى الدولة فى نهاية المدة[١]. فمشروعات نظام الـــ "B.O.T." يتم تنفيذها من القطــــاع الخـــاص دون أى أعباء على الحكومة المتعاقدة.

ولقد أصبح نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."، يلعـــب دورا متناميا فى السنوات الأخيرة فى تنفيذ المشاريع الصناعيـــة ومشـــاريع البنية التحتية فى ميادين النفط والغاز ومحطات الكهرباء، والطرق التى يدفـــع عنها ضريبة للمرور، ومرافق الإمـــداد بالميـــاه، ومشــروعات المطـــارات والموانئ فى كل من الدول الصناعية والنامية[٢]، حتى بلـــغ إجمـــالى قيمـــة المشروعات التى نفذت بأسلوب الـــ "B.O.T." على المستوى الدولـــى ٣٧٦ مليار دولار فى الفترة من عام ١٩٩٠ وحتى نهاية عـــام ١٩٩٩، وكـــانت الدول الناميـــة هـــى الدافع الرئيسى وراء هذا التوسع، وبلغ النشـــاط فيـــها ذروته ما بين عامـــى ١٩٩٦ - ١٩٩٧، ثم انخفض حجم هذه الأنشطة فـــى عـــام ١٩٩٨ بســبب الأزمة المالية التى حدثت فـــى دول جنـــوب شـــرق آسيا[٣].

ونظرا للمزايا التى يحققها نظـــام الـــ "B.O.T." تسـعى الـــدول الصناعية المتقدمة للعمل به لما يحقق لها من ربح مـــادى، ونقـــل لعمليـــة التكنولوجيا إلى خارج أرضها، وتسعى الدول النامية كذلك إلى الأخذ بنظـــام

---

(١) انظر:

United Nations Indsustrial Development Organzation (UNIDO), Guidelines for Infrastructure Development Through Build – Operate – Transfer (B.O.T.) Projects, UNIDO Publication, Sales No. UNIDO. 95.6 E. (1996(. P. 22.

(2) "UNIDO" BOT Guidelines. Op. Cit., P. 4.

(٣) محمود القصاص: B.O.T. مع من؟ وضد من؟ تقرير بمجلة الأهرام الاقتصادى العدد رقـــم ١٦١٤، فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩، ص ٥٦.

الـــ "B.O.T." لكونـــه يسهم فى تنمية اقتصادها؛ كى تتغلب على مشاكلها، الأمر الذى جعل أغلب الدول تتسابق إلى استخدام هذا النظام.

الاتجاه إلى التخصيصية وأثره على انتشار نظام الـ "B.O.T." فى مصر :

لـــم تكـــن مصـــر بعـــيدة عن هذه التطورات ، ففى خلال عقدى الثمانيـــنات والتســـعينـــات من القرن العشرين، حيث أسرعت مصر الخطى نحـــو التحرر الاقتصادى فى نطاق برنامج الإصلاح الاقتصادى الشامل - "بعـــد الاتفـــاق مـــع كـــل من صندوق النقد الدولى والبنك الدولى" - والذى اســـتهدف معالجـــة الإخـــتلالات الهيكلية وإحداث تغييرات جذرية فى هيكل الإنـــتاج القومى فى إطار الفلسفة العامة للإصلاح الاقتصادى التى تستند إلى تقلـــيص دور الدولـــة وتدخلها المباشر فى النشـــاط الاقتصادى، بحيث يقع العـــبء فـــى إحـــداث التغيير المطلوب على القطـــاع الخاص بحيث يصبح القطـــاع الرئيســـى المحرك لعملية التنمية الاقتصاديـــة والاجتماعية[١]، فيما عرف بسياسة التخصيصية.

وفـــى سبيل ذلك تم إصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ - (قانون قطاع الأعمال العام) - وقد سمح هذا القانون بتصفية الشركات الخاسرة سواء ببـــيع الأصـــول أو بالتأجير أو بعقود إيجار مع المتخصصين بهدف تحرير وحـــدات قطاع الأعمال العام من سيطرة الحكومة، كما أدى هذا النظام إلى تطبيق نظم الإدارة المتبعة فى القطاع الخاص، أى بمعايير الكفاءة الاقتصادية فى نطاق السوق[٢].

---

[١] الدكتورة/ سامية عمار: محللات الاستثمار الخاص فى الاقتصاد المصرى، بحث منشور فى مجلـــة مصـــر المعاصـــرة الـــتى تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، العدد ٤٥٣ السنة التسعون، يناير / إبريل ١٩٩٩، ص ٥٥.

[٢] الدكـــتور/ أحمـــد ســـيد مصـــطفى: التخصيصـــية البطيئة هى الحل، مقال بمجلة الأهرام الاقتصادى، العدد رقم ١٢٣٥، فى ٢١ يونيه سنة ١٩٩٣، ص ٣٦.

واستتبعت سياسة التخصيصية فى مصر أن يكون للقطاع الخاص دور رائد فى قيادة عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وبعد أن استقر فى ذهن عامة الناس أن النشاط الاقتصادى لم يعد مهمة الدولة لأداء دورها فى تحقيق العدالة الاجتماعية وتقديم الخدمات، وقد استتبعت هذه السياسة أن لجأت الدولة إلى طرح العديد من مشروعاتها فى مجالات البنية الأساسية للقطاع الخاص[١].

ولقد وجدت الحكومة أن أفضل طريقة لتمويل هذه المشروعات هو نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." لما يوفره من تمويل دون أعباء على ميزانية الدولة أو اللجوء إلى الاقتراض الخارجى.

- وكان أول مشروع أقيم فى مصر - بعد هذه التطورات - طبقا لهذا النظام هو إقدام شركة اليسر لتحلية وتنقية المياه - إحدى شركات مجموعة دله البركة - عام ١٩٨٧ على إقامة أول محطة لتحلية وتنقية المياه بالغردقة بتكلفة استثمارية ضخمة كانت السبب فى ازدهار الغردقة سياحيا بعد أن كانت محرومة من المياه[٢].

ثم تتابعت المشروعات الضخمة بعد ذلك تحت مظلة قوانين الاستثمار المتعاقبة على استحياء شديد وتردد كبير من قبل المستثمرين؛

---

(١) بلغت استثمارات خطة التنمية الاقتصادية لعام ٢٠٠١/٢٠٠٢، ٨٥٤ مليار جنيه ينفذ القطاع الخاص ٧٠% منها. تقرير التنمية البشرية فى مصر من إعداد مركز التخطيط القومى، ٢٠٠٠، طبع مطابع الأهرام التجارية، مصر، ص ٦١.

- انظر أيضا: البنك الدولى: تقرير عن التنمية فى العالم ١٩٩٩/٢٠٠٠، جدول رقم ١٦، ص ٢٦٠.

وقارن: تقرير التنمية البشرية الشاملة فى مصر من إعداد مركز دراسات وبحوث الدول النامية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، عام ٢٠٠١، ص ٩٦، حيث ذكر أن مساهمة القطاع الخاص فى الاستثمار المحلى بلغت ٦٦,٦% عام ١٩٩٩/٢٠٠٠.

(٢) المستشار الدكتور/ إبراهيم درويش: سلطة تحديد مدة مشروعات الاستثمار فى مجال المرافق بنظام "B.O.T." - مقال بجريدة الأهرام العدد الصادر ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٨، ص ٢٤.

نظرا للتعقيدات الإدارية والكم الرهيب من العقبات التـــى تضعـــها الجـــهات الحكومية أمام هذه المشروعات، إضافة إلى ضخامة تكلفتها الاستثمارية ومـــا تستلزمه من دورات اقتصادية مهمـــة لحياة أى مشروع طبقا لـــهذا النظـــام تتمثل فى: "البناء - التشغيل" ثم التسليم مجانا إلى الجهة الإداريـــة صاحبـــة المشروع.

لذلك قد يكون من المفيد أن نشير - فيما يلى - إلى انتشار نظام الـــ "B.O.T." فى بعض الدول المتقدمة والنامية ثم إلى انتشار هذا النظـــام فـــى مصر.

انتشار نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." فى بعض دول العـالم المتقدمة والنامية :

أسلفنا أن نظام الـــ "B.O.T." قد انتشر فى أقطار العالم المختلفـــة - المتقدمة منهـــا والنامية[١] - بدافع ندرة مصادر التمويل، وتنامى الحاجـــات

---

(١) يتـــردد الفقه بين استخدام مصطلح الدول النامية أو العالم الثالث وإن كانت الأغلبيـــة تـــرى أنهما مرادفان لشىء واحد هو: تلك الدول التى حصلت حديثـــا علـــى استقلالها السياســـى والاقتصادى وتنقصها الكثير من الخبرات الفنية والمادية والتكنولوجية، وبدأ الفقه فى استخدام هذه المرادفات منذ بداية الستينات، فمنذ هذه الفترة قام الفقه بوضع تقسيم ثنائى للعـــالم، الأول يضم الدول الصناعية والثانى يضم الدول النامية أو الآخذة فى النمو، ثم يحـــاول هـــذا الفقـــه وضع خصائص للدول التى تدخل فى إطار القسم الثانى من أهمها:

أ - أن هذه الدول حديثة العهد بالاستقلال.

ب - البعض منها يملك الثروات الطبيعية الهائلة (مثل البترول) ولكن تنقصها الخبرات الفنيـــة المتقدمة.

ج - تمثل هذه الثروات الطبيعية المورد الأول الذى يعتمد عليه اقتصاد هذه الدول.

د - تلجـــأ هـــذه الدول إلى الدخول فى روابط عقدية مع الأشـــخاص الأجنبيـــة ســـعيا وراء اكتساب الخبرات الفنية والتكنولوجية.

انظر: الدكتور/ عصام بسيم: الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة فى الـــدول الآخذة فى النمو، ط ١، ١٩٧٨، مكتبة المنهل، بالكويت، ص ٢٤ - ٤٠.

إلى تطوير مرافق البنية الأساسية وزيادة توسعها، والاستفادة من خبرة القطاع الخاص ونقل التكنولوجيا.

فمن بين الدول المتقدمة، عرفت الولايات المتحدة نظام الـ "B.O.T." منذ أيام الثورة الصناعية حيث كانت الطرق التى يدفع رسوم مقابل استخدامها يتم بناؤها وتشغيلها من قبل القطاع الخاص، إلا أن سياسة التخصيصية سادت فى عقدى الثمانينات والتسعينات من القرن العشرين[1].

وقد بات واضحا تشجيع القطاع الخاص للاستثمار فى تشييد الطرق والكبارى فى ظل القانون الفيدرالى الخاص بالنقل Inter model,s• Urfacetrans Portation Effeciency. الصادر فى ١٩٩٩/١٢/١٨، وقد تأكد هذا الاتجاه فى الإجراءات التشجيعية لنظام الـ "B.O.T." والتى تضمنها

- أما الأستاذ Lalive فقد اقترح تقسيمها ثلاثيا للعالم، القسم الأول: يشمل الدول المتطورة صناعيا، وتضم دول شمال وغرب أوربا والولايات المتحدة واليابان، والقسم الثانى: يضم الدول التى تسير فى إطار سياسة الاقتصاد الموجه ومعظمها من الدول الاشتراكية، والقسم الثالث: يشمل الدول النامية والتى يفضل بتسميتها بدول العالم الثالث.

انظر .Lalive. Op. Cit., P. 34

ويرى الدكتور ماجد عمار، أن مصطلح الدول النامية لا يختلف عن مصطلح الدول المتخلفة اقتصاديا فالأخيرة، كما يراها تواجه مجموعة من المشاكل الاقتصادية ولابد من التغلب عليها، أما الدول النامية فيرى أنها تلك التى تسير فى خطط التنمية الاقتصادية وتواجه المشاكل الاقتصادية لمسايرة ركب الرقى والتقدم الاقتصادى والاجتماعى.

انظر الدكتور/ ماجد عمار: عقد الترخيص الصناعى وأهميته للدول النامية، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، ١٩٨٣، ص ٥٨.

انظر أيضا الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد: النظام القانونى لعقود إنشاء المنشآت الصناعية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٣، ص ١٣٠.

(١) Sidney Levy: Build, Operate, Transfer. 1996 – P. 20.

قرار الرئيس الأمريكى "بيل كلينتون" فى القـــرار التنفيــذى رقــم ١٢٨٩٣ الصادر فى ٢٨ يناير ١٩٩٤[١].

وفـــى الفترة من أواخر الستينيات وأوائــــل الثمانينيــات احتــاجت بريطانيا إلى تجـديد مرافقها المتهالكة، وعندما وجدت تكلفة ذلـــك باهظــة لجأت إلى أسلوب التخصيصية عن طريق بيع الموجودات المملوكة للدولـــة لتكون مصدرا رئيســيا للدخل، وقد نتج عن تلك السياسة وفر فـــى الإنفــاق العام بما يقرب من ٤٤ بليون دولار[٢].

ويعتبر مشروع نفق القنـــال Channel tunnel Project مــن أكبـــر المشروعات التى تم تنفيذها بنظام الـــ "B.O.T." حتى الآن، ويربـــــط هـــذا النفق بين كل من فرنسا وبريطانيا، وقد بلغت تكلفته وفقا لبعض التقديـــرات ٢٠ بليون دولار وتمتد فترة الاستغلال فيـــه إلى ٥٥ سنة وقد تـــم تكليـــف شركة المشروع من قبل الحكومتين البريطانية والفرنسية بالقيـــام بتصميـــم وتمويل وبناء وتشغيل النفق لفترة تمتد حتى عـــام ٢٠٤٢، وقـــد ســـاهمت الشركة المنفذة للمشروع بنسبة ١٩% من تكاليفه تقريبا وقد بـــدأ التشـــغيل التجارى فى أبريل سنة ١٩٩٤[٣].

وعرفت الأرجنتين أسلوب الـــ "B.O.T." فى أغسطس ســـنة ١٩٩٦ عندما تقدمـــت حكومتها الفيدرالية بثلاث عطـــاءات لبناء وإدارة وتشـــغيل ثلاثة طرق من بينها طريق "أتوبيستاس" السريع[٤].

---

[١] الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التـــى يتـــم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل فى مصر"، بحـــث بمجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد ٦٩، س ١٩٩٩، ص ١٧٨.

[2] C. Wacker. A J. Smith. "editors" Op. Cit., P. 13.

[٣] الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية: دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية مـــع مشروعات الـــ "B.O.T."، ط ٢، سنة ٢٠٠٠، الدار الجامعة، ص ٦٦١.

[٤] انظر فى تجارب بعض دول أمريكا اللاتينية مثل الأرجنتين والبرازيل، تقرير:
International, Financial Law Review Broject Finance (1998): An International Legal Guide, P.P. 11 – 19, (1998).

وفى تركيا يعتبر مشروع إمداد المياه Water Supply Project فـــى مدينة "ازميت" التركية هو أول مشروع يتم إقامته بنظام الـ "B.O.T." فـــى تركيا عام ١٩٨٧ وقدرت تكاليفه الاستثمارية بمبلـــغ ٨٦٠ مليـــون دولار وساهمت شركة المشروع بنسبة ١٤%من إجمالى تكاليف الاستثمار وقد تـم اكتمال المشروع سنة ١٩٩٦، وتتولى شركة المشروع بيع المياه للمدينة[١].

وفـــى الصين تم قبول إقامة مشروعات بنية أساسية وفقا لنظام ألــــ "B.O.T." منها: محطة توليد كهرباء بالفحم فى مقـــاطعة "Laibin" بلغـت تكلفتها ٦١٦ مليون دولار، تم تمويلها برأس مال أجنبى بالكامل، ومشـــروع معالجة المياه فى "Chengdo"، بتكلفة استثمارية تبلـــغ ١٠٠ مليـــون دولار، ومحطة توليد كهرباء فى "Changsha" ومشروع إقامة كوبرى فى مقاطعـــة "Hubci"[٢].

واستخدمت الفلبين أسلوب الـ "B.O.T." فـــى إقامـــة مشـــروعات محطات الطاقة الصغيرة والمتوسطة، ففى عام ١٩٨٩ أنشئ فى "نافوتـــاس" محطة غاز توربينية لتوليد الطاقة بطاقة ٢٠٠ ميجاوات وكـــانت تلـــك أول محطة تنشئها مؤسسة الطاقة الوطنية مع مؤسسة "هويويل" للطاقـــة بـــهونج كونج[٣].

وترجع التجربة الباكستانية فى استخدام نظام الـــــ "B.O.T." إلـــى نهاية التسعينات من القرن العشرين، ومن المشروعات التى نفذت وفقا لـــهذا

---

(١) الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر، سابق الإشارة إليه، ص ٦٦٢.

(٢) الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٦٤.

(٣) الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: تجارب بعض الـــدول الناميـــة فـــى مشـــروعات ألــــ "B.O.T."، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن عقود البناء والتشغيل وتحويـــل الملكيـــة – المنعقد بمقر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى ٢٨، ٢٩ أكتوبر سنة ٢٠٠٠، ص ٩.

وانظر فى تمويل مشروعات البنية الأساسية – بصفة عامة – فى دول شرق آسيا:
Asia law, practice (ed): Project and Infrastructure Finance in Asia 2 ne (ed), P.P. 39, FF (1996).

النظام مشروع محطة "ريشوان" لتوليد الطاقة من المصادر المائية بطاقة ٤٢٠٠ كيلووات والذى يتم تمويله من القطاع الخاص، وتتجه الحكومة الباكستانية إلى منح امتيازات وحوافز للقطاع الخاص لإنشاء المحطات الكهربائية على روافد الأنهار الرئيسية فى باكستان لكهربة الريف فى المناطق النائية[1].

واستخدمت ماليزيا نظام الـ "B.O.T." فى إقامة مشروعات الإمداد بالمياه النقية، حيث تمت إقامة عدة مشروعات - من هذا النوع - ومنها: مشروع لامداد جزيرة "Langkawi" بالمياه، وتشترك شركتا قطاع خاص فى إقامته. ويضيف هذا المشروع ١٢ مليون جالون مياه إلى الجزيرة فى اليوم[2].

ومع نهاية حقبة التسعينات من القرن العشرين، طرحت الحكومة اللبنانية، عددا من مشروعات البنية الأساسية، والمشروعات الإنتاجية على المستثمرين لتنفيذها وفقا لنظام الـ "B.O.T." ومن مشروعات البنية الأساسية طرق "الأوتوستراد" الحديثة، وتشمل:

١ - الطريق الدائرى لبيروت بطول ٩ كيلومتر.

٢ - الأوتوستراد الشمالى لبيروت بطول ١٣,٥ كيلومتر.

وينفذ هذا المشروع وفقا لنظام "B.O.T." بتكلفة تبلغ ٩٤٥ مليون دولار لمدة ٣٥ سنة، ومن هذه المشروعات أيضا مشروع مطار "رينيه معوض" فى "القليعات"، ومشروع مركز الثقافة والمؤتمرات فى بيروت، ومشروع مرفأ صيد، ومشروع الإسكان الوطنى لإنشاء عشرة آلاف وحدة

---

(١) انظر فى التجربة الباكستانية:
O'sullivan, (J.)., Experience from the pakistan project agreements', in Fitzgerald, P., (ed) Project Financing: Building Infrastructure projects in Developing Markets. 1999. P. 299.

(٢) الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٦٣.

سكنية، ومشروع مبانى الشحن فى مطار بيروت الدولى بتكلفة تبلغ ١٥ مليون دولار[١].

ومع انخفاض عوائد النفط، ووجود أولويات أخرى، مثل الصحة والتعليم وتوفير فرص العمالة للشباب، فقد اتجه عدد من الدول العربية المنتجة للنفط إلى الاستعانة بالقطاع الخاص لتمويل تلك المشروعات، وقامت سلطنة عمان بتوقيع عدة عقود مع إحدى الشركات العالمية لبناء محطات توليد وتشغيل شبكة نقل وتوزيع الكهرباء فى بعض مناطق السلطنة[٢].

وفى الكويت أصدر مجلس الوزراء فى عام ١٩٩١، توجيهاته بتشجيع مشاركة القطاع الخاص فى تنفيذ مشاريع التنمية العمرانية؛ وتنفيذا لتلك التوجيهات فإن وزارة المالية قامت بإبرام العديد من العقود لتنفيذ المشروعات بنظام الـ "B.O.T."[٣].

وفى بداية التسعينات قامت شركة المشروعات السياحية - وهى أهم وأول المشروعات الحكومية "مملوكة بالكامل للدولة" التى تعاملت بنظام ألـ "B.O.T." - بالتعاقد على تحويل الواجهة البحرية بالكويت إلى نظم استثمارية حديثة على أساس نظام الـ "B.O.T.".

وقد انتشرت مشروعات الـ "B.O.T."، فى الكويت لدرجة أن عدد الشركات والمؤسسات التى تعاملت معها شركة المشروعات السياحية

---

(١) الدكتور/ محيى الدين القيسى: مداخلة عن المشروعات التى نفذت بنظام ألـ "B.O.T." فى لبنان، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر عقود ألـ "B.O.T." المنعقد بمدينة شرم الشيخ فى ١٨، ١٩/١٠/١٩٩٨.

(٢) راجع التقرير الاقتصادى العربى الموحد صادر عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، سبتمبر ٢٠٠٠، ص ٧٦.

(٣) الدكتور/ عبد الله الحيان: الجوانب القانونية لتمويل مشروعات التنمية والبنية التحتية، "B.O.T."، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الثانى، لدور القطاع الخاص فى مشروعات التنمية، الكويت، فى ١٨، ١٩، ٢٠٠٣، ص ٨.

وفق نظام الـ "B.O.T."، أو أنظمة استثمارية مشابهة فاقت السبعين شركة[١].

كما قامت الحكومة الكويتية بالتعاقد على إنشاء العديد من المشروعات بنظام الـ "B.O.T."، منها المشروعات الإنشائية، والزراعية، والسياحية، والترفيهية[٢].

أما فى المملكة العربية السعودية فقد قامت الشركة السعودية الموحدة لكهرباء المنطقة الغربية فى أوائل عام ١٩٩٦، بتكليف شركات أمريكية وكندية بإعداد دراسة جدوى حول الجوانب القانونية لاتباع أسلوب (البناء، والتشغيل، والتحويل)، وجاءت نتيجة هذه الدراسة إيجابية، موصية بضرورة إجراء كل ما يلزم لتشجيع القطاع الخاص على المشاركة فى تمويل وإدارة قطاع الطاقة فى المملكة، كما قامت الهيئة الملكية فى (الجبيل) و (ينبع) بالمشاركة مع الشركة السعودية للصناعات الأساسية (سابك) فى عام ١٩٩٥م، باتخاذ مبادرة لتوسيع أنظمة وشبكات المرافق العامة فى (الجبيل وينبع)، وتم اختيار أسلوب التأجير والتشغيل والتسليم لتنفيذ هذا البرنامج، وبينما تستهدف هذه المبادرة جذب استثمارات القطاع الخاص، فإنها تحقق للدولة أيضا إيرادات إضافية من خلال تأجير التجهيزات القائمة بالفعل[٣].

---

(١) انظر ورقة عمل مقدمة من شركة المشروعات السياحية، إلى المؤتمر المشار إليه فى المرجع السابق، ص ١.

(٢) انظر ورقة عمل مقدمة من الهيئة العامة لشئون الزراعة والثروة السمكية، بعنوان "استثمار القطاع الخاص فى النشاط الزراعى" إلى المؤتمر الثانى لدور القطاع الخاص فى مشروعات التنمية الأساسية، الكويت فى ١٨، ٢٠٠٣/١/١٩.

(٣) الدكتور/ سعيد بن سعد المرطان: تجربة البنك الأهلى التجارى فى تعبئة المدخرات لتمويل مشاريع البنية التحتية بصيغ إسلامية، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلى فى تمويل المشروعات الاقتصادية المنعقدة فى جدة فى الفترة من ١١ – ١٩٩٩/١٠/١٣، تحرير د/ رفيق المصرى، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامى، جامعة الملك عبد العزيز، ص ٤١.

نشأة نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع فى مصر:

تعد مصر من أوائل الدول التى عرفت واستخدمت نظام الـ "B.O.T." منذ القرن التاسع عشر، ولعل أول مشروع نفذ بنظام الـ "B.O.T." فى مصر كان مشروع إنشاء قناة السويس؛ حيث أنشئت شركة مساهمة عالمية باسم "الشركة العالمية لقناة السويس البحرية" وزعت أسهمها بين مصر وفرنسا وبريطانيا وبعض الدول والمؤسسات الأجنبية؛ وذلك لحفر القناة ثم إدارتها لمدة تسع وتسعين سنة وتحت إشراف الحكومة المصرية، وطبقا للرسوم التى يتفق عليها وفى مقابل أتاوة تدفعها الشركة للحكومة، وعلى أن تعود ملكية المشروع للحكومة المصرية فى حالة صالحة للاستمرار والتشغيل فى نهاية المدة المذكورة[١].

وفى الأربعينات من القرن الماضى كان هناك العديد من المشروعات التى تدار بواسطة القطاع الخاص لمدة معينة ومنها: شركة ليون للغزل، وشركة سكة حديد الدلتا، وشركة مصر الجديدة وواحات عين شمس، وشركة المقطم والمنتزه، وشركة ماركونى للراديو والتليفونات وشركة الترام والأتوبيس وشركة كافورى للنقل فى الدلتا، وشركة ترام الإسكندرية، وشركة أبو رجيله للنقل العام فى القاهرة[٢]، وقد استمر هذا النشاط حتى قامت حركة الجيش سنة ١٩٥٢.

وبعد أن قامت حركة الجيش بالاستيلاء على السلطة فى يوليو سنة ١٩٥٢ أصبحت قضية التنمية الاقتصادية أكثر تعقيدا؛ إذ كان الفكر السائد هو أن الأسواق والقطاع الخاص غير مهيئين للقيام بأعباء التنمية، وقد ثارت الشكوك حول قدرة القطاع الخاص على تحمل المخاطر وقيادة مسيرة التنمية، إذ أنه فى سعيه إلى تحقيق الربح السريع قد يعرقل جهود التنمية

---

(١) المستشار محمود محمد فهمى: بحث فى عقود الـ "B.O.T." وتكييفها القانونى، مقدم إلى المؤتمر الدولى عن عقود الـ "B.O.T." المنعقد بمقر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٣.

(٢) المستشار محمود محمد فهمى، المرجع السابق، ص ٣.

ذاتها، وإزاء انتشار الأفكار الاشتراكية فقد تم تمصير الشركات الأجنبية، البريطانية والفرنسية والبلجيكية - في مصر - عام ١٩٥٧، ثم أممت معظم المشروعات الخاصة في مصر خلال عامي ١٩٦٠، ١٩٦١.

واعتنقت مصر مذهبا جديدا هو الاشتراكية، وقنن الدستور هذا التحول مقررا "أن نظامها الاقتصادي هو النظام الاشتراكي"[١].

ولكن نظرا للمشاكل التي سببها القطاع العام، وتعثر مسيرة التنمية الاقتصادية، فقد لجأت الدولة - خلال عقدي الثمانينات والتسعينات من القرن العشرين إلى اتباع أساليب الاقتصاد الحر، والعمل على جذب القطاع الخاص المحلي والأجنبي للاستثمار في مشروعات البنية الأساسية، وغيرها من المشروعات العامة، وذلك عن طريق منحه المزيد من المزايا والضمانات[٢] التي حفل بها قانون "حوافز وضمانات الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧".

ولا يخفى أن المشروعات التي تنفذ بنظام الـ "B.O.T." تشكل جزءا مهما من استثمارات القطاع الخاص التي تشجع عليها الامتيازات سالفة الذكر[٣].

وتشجيعا لهذا الاتجاه فقد صدر في مصر عدد من التشريعات؛ لتكون سندا لهذا النوع من الاستثمار، منها:

- القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ الذي أسست بموجبه هيئة كهرباء مصر[٤].

---

[١] تنص المادة الأولى من دستور مصر الدائم الصادر سنة ١٩٧١ على أن "جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي". وتنص المادة الرابعة على أن "الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي الديمقراطي القائم على الكفاية والعدل".

[٢] راجع الخطة الخمسية الرابعة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية (١٩٩٧ - ٢٠٠٢)، وزارة التخطيط المصرية، أبريل ١٩٩٧، ص ١٧٧ - ١٨١.

[٣] سنتحدث عن مزايا وضمانات القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في الباب الثالث.

[٤] الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ (مكرر) ب في ١٩٩٦/٦/٣٠.

- القانون رقم ٢٢٦ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء الطرق العامة[١].
- القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح امتياز المرافق العامة، لإنشاء واستغلال المطارات وأراضى النزول[٢].
- القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ الذى أضاف مادة جديدة إلى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانئ المتخصصة[٣].

المشروعات التى تم التعاقد على تنفيذها وفقا لنظام "B.O.T." فى مصر :

وفى أول تطبيق لهذه القوانين أصدر مجلس الوزراء القرار رقم (٤) لسنة ١٩٩٨[٤]، بمنح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة الملكية لمحطة كهرباء "سيدى كرير" البخارية، بطاقة ٢ × ٣٢٥ ميجاوات، لشركة "انترجن جى ليمتد" شركة توصية بالأسهم خاضعة ومؤسسة طبقا لأحكام القوانين المصرية "إدارة أجنبية"، وتم التعاقد بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٢، ليبدأ تشغيلها فى ٢٠٠١/١٢/٣١، مع التزام الحكومة المصرية بشراء ناتج الكهرباء بالدولار الأمريكى والذى يقدر بأكثر من ١١٠ مليون دولار سنويا[٥].

وتبع ذلك العديد من المشروعات الضخمة فى مجال الكهرباء منها محطة كهرباء شرق بور سعيد، ومحطة كهرباء السويس، بالإضافة إلى محطات تم الإعلان عن طرحها مثل محطة كهرباء شمال القاهرة ومحطة كهرباء سفاجا، ومحطة كهرباء توشكى ... وغيرها.

---

(١) الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ (مكرر) فى ١٩٩٦/٧/١٤.

(٢) الجريدة الرسمية، العدد ٦ (مكرر) فى ١٩٩٧/٢/٨.

(٣) الجريدة الرسمية، العدد ١٦ (مكرر) فى ١٩٩٨/٤/٢٥.

(٤) الوقائع المصرية، العدد رقم ١٤٨ (تابع) فى ٧ يوليه سنة ١٩٩٩.

(٥) راجع: المستشار/ معتز كامل مرسى: تقرير بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام الـ "B.O.O.T."، مقدم إلى الندوة العلمية الأولى، بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، المنعقدة فى ٢٩ – ٢٠٠١/١/٣١.

فى مجال الطرق :

- طريق الإسكندرية – الفيوم بطول ١٩٩ كيلو متر .
- طريق الفيوم – ديروط بطول ٢١٠ كيلو متر .
- طريق ديروط – أسوان بطول ٤٣٣ كيلو متر .
- طريق ديروط – الفرافرة بطول ٢٦٣ كيلو متر .
- طريق الخارجة – شرق العوينات بطول ٥٢٠ كيلو متر .
- طريق السلوم – وادى النطرون بطول ٥٠٨ كيلو متر[١].

فى مجال المطارات :

أبرم الاتفاق لإنشاء وتشغيل واستغلال مطار مرسى علم فى ١٩٩٨/٢/٢٨ بنظام "B.O.T." مع شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات – شركة مساهمة مصرية[٢].

- وفى ١٩٩٨/٨/١٦ تم توقيع الاتفاق بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى وإحدى الشركات المصرية لإنشاء وتشغيل واستغلال وإدارة مطار العلمين[٣].
- وفى ١٩٩٨/٨/١٦ تم توقيع الاتفاق بإنشاء وتشغيل واستغلال وإدارة مطار رأس سدر بأسلوب "B.O.T." مع شركة دلتا جلف "شركة مساهمة مصرية"[٤].

---

(١) راجع فى ذلك: تجربة وزارة النقل فى تنفيذ مشروعاتها بنظام "B.O.T."، ورقة عمل مقدمة للندوة العلمية الأولى عن إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام "B.O.T."، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ٢٩ – ٣١ يناير ٢٠٠١، ص ٧.

(٢) قرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨ – انظر: جريدة الوقائع المصرية العدد رقم ٢٦٤ (تابع) الصادر فى ١٩ نوفمبر ١٩٩٨.

(٣) قرار مجلس الوزراء رقم (٢) لسنة ١٩٩٨. انظر جريدة الوقائع المصرية العدد رقم ٢٦٤ (تابع) "أ" فى ١٩ نوفمبر ١٩٩٨.

(٤) قرار مجلس الوزراء رقم (٣) لسنة ١٩٩٨ – انظر جريدة الوقائع المصرية العدد رقم ٢٦٤ (تابع) "ب" فى ١٩ نوفمبر ١٩٩٨.

- وتلا ذلك طرح العديد من المطارات للتعاقد منها مطارات: الواحات البحرية، والفرافرة والداخلة، وشرق العوينات، وسوهاج.
- كما تم طرح عملية تطوير وصيانة مطارات قائمة - بنظام "B.O.T." مثل مطارات الغردقة والأقصر، وغيرها[١].

وفى مجال الموانئ:

طرحت وزارة النقل العديد من المشروعات التى تتعلق بمرافق وموانئ مثل محطة الحاويات فى الأدبية (السويس)، ومرسى اليخوت فى شرم الشيخ، ومحطة تداول الحاويات بميناء شمال العين السخنة[٢]، ومحطة تداول الحاويات بميناء شرق بور سعيد، ومشروع إنشاء رصيف بترول فى ميناء الدخيلة.

بالإضافة إلى ذلك فإن هناك مشروعات تزمع وزارة النقل تنفيذها بنظام الـ "B.O.T." منها: مشروع تطوير وتنمية محطة الركاب البحرية بالإسكندرية، ومشروع إقامة مارينا لليخوت بالميناء الشرقى بالإسكندرية، ومشروع إقامة رصيف متعدد الأغراض بميناء الإسكندرية، ومشروع استكمال المرحلة الأولى من محطة الحاويات بطول رصيف ١٢٠٠ متر بميناء بور سعيد، .... وغيرها[٣].

---

(١) انظر: ورقة عمل حول تجربة جمهورية مصر العربية فى مجال المطارات، مقدمة من الهيئة العامة للطيران المدنى إلى مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية المنعقد بفندق (كونراد انترناشيونال)، القاهرة، فى ٢٧، ٢٨ يناير ٢٠٠١.

(٢) تم إنشاء الميناء وافتتح فى ٢٦/١٠/٢٠٠٢، جريدة الأهرام فى ٢٧/١٠/٢٠٠٣، ص ١.

(٣) مهندس/ محمد طلت خطاب - وكيل أول وزارة النقل: تجربة وزارة النقل فى تنفيذ مشروعاتها بنظام "B.O.T." - ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية الأولى عن إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام "B.O.T." المنعقدة بأكاديمية السادات فى الفترة من ٢٩ - ٣١/١/٢٠٠١.

وفى مجال الأنفاق :

تم طرح مشروع بور سعيد للسيارات أسفل قناة السويس فى مناقصة عالمية خلال عام ١٩٩٩[١].

وفى مجال خطوط مترو الأنفاق :

من المنتظر طرح مشروع المرحلة الأولى من الخط الإقليمى لمترو الإسكندرية للتنفيذ بأسلوب "B.O.T."•

- وتم الإعلان عن مشروع لربط، إقليم القاهرة بالمدن الجديدة حولها بالاشتراك بين وزارة النقل ووزارة الإسكان والتعمير فى منتصف عام ٢٠٠٠.

- وانتهت دراسة الجدوى الخاصة بمشروع الخط الثالث لمترو أنفاق القاهرة – إمبابه – مطار القاهرة – بطرحها فى مناقصة للتنفيذ •

وفى مجال السكك الحديدية :

تم التعاقد على إنشاء وتشغيل وحق استغلال لمحطة جافة للحاويات ببشتيل •

- وجارى حاليا دراسة جدوى إنشاء مشروع خط حديدى فائق السرعة ٣٠٠ كم/ساعة، يخترق الصحراء الغربية من الإسكندرية إلى أسوان، إلى جانب مشروعات أخرى كثيرى يجرى الإعداد لها فى مجال السكك الحديدية[٢].

---

[١] راجع: تجربة وزارة النقل، الورقة سابق الإشارة إليها، ص ١٢.

[٢] راجع: تجربة استخدام نظام "B.O.T." فى مشروعات خطوط المترو ومشروعات أنفاق السيارات فى جمهورية مصر العربية – ورقة عمل مقدمة من وزارة النقل إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T." الذى عقدته وزارة المالية بالاشتراك مع البنك الإسلامى للتنمية – بفندق كونراد أنترناشيونال، القاهرة فى ٢٧، ٢٨ يناير ٢٠٠١.

وفى مجال مياه الشرب :

تدرس مدينة رأس سدر - بجنوب سيناء - عدة عروض لمجموعة من الشركات لإقامة محطة مياه جديدة بنظام "B.O.T." تعتمد على آبار مياه رأس مسلة بطاقة ١٣ ألف متر يوميا بتكلفة ٥ مليون جنيه.

- وتم التعاقد على مد خط مياه جديد بطاقة ١٢٠ ألف متر مكعب يوميا من منطقة العاشر من رمضان لخدمة المنطقة الصناعية الخاصة بالعين السخنة بنظام "B.O.T."[١].

وفى مجال أماكن إيواء السيارات :

أعدت محافظة القاهرة استراتيجية شاملة لإنشاء مجموعة من الجراجات متعددة الطوابق تحت الأرض بنظام "B.O.T." وأكد المحافظ أنه تم التعاقد على إقامة جراج بميدان التحرير - تحت الأرض - يتسع لحوالى ٣٢٠٠ سيارة، وجراج الدراسة بسعة ١٠٠٠ سيارة، مؤكدا أن هناك خطة لإنشاء خمسة جراجات متعددة الطوابق - تحت الأرض - بأنحاء القاهرة يتم طرحها على المستثمرين بنظام "B.O.T."[٢].

إلى جانب العديد من المشروعات السياحية والخدمية .... وسوف يأتى الحديث عن هذه المشروعات بالتفصيل المناسب فيما بعد.

فى مجال المشروعات الخاصة :

إن التعاقد على تنفيذ المشروعات بنظام الـ "B.O.T." فى مصر لم يقتصر على المشروعات الحكومية إنما امتد أيضا إلى المشروعات

---

(١) انظر: ورقة عمل حول تجربة جمهورية مصر العربية فى مجال المياه مقدمة من وزارة الإسكان والمجتمعات العمرانية إلى مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية، المنعقد بفندق (كونراد أنترناشيونال)، القاهرة، ف ٢٧، ٢٨ يناير ٢٠٠١، ص ٧، ٨.

(٢) الدكتورة/ تهانى أبو القاسم: تعظيم الاستفادة من نظام "B.O.T."، بحث منشور بالمجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، كلية التجارة، جامعة حلوان، العدد الثالث والرابع، سنة ٢٠٠١، ص ١٤٧.

الخاصـــة، حيث تعاقدت بعض النوادى الخاصة وبعض الشـــركات التابعـــة للقطاع الخاص على إسناد بعض مشروعاتها لشركات أخرى مـــن القطـــاع الخاص لتنفيذها بنظام الـــ "B.O.T." وسيأتى تفصيل ذلك فى حينه.

نخلص مما سبق أن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، ليس نظامـــا حديـــث النشأة، وقد نما هذا النظام وازدهر مع بداية عقد التســـعينات مـــن القرن العشرين، عقب التحول الاقتصادى بالاتجاه إلى التخصصية وإعطـــاء دور أكبـــر للقطاع الخاص فى التنمية، خصوصـــا فـــى مجـــالات البنيـــة الأساسية، وقد انتشرت المشروعات الممولة عن طريق هـــذا النظـــام فـــى مختلف دول العالم، وفى مصر أيضا، وقد اتسع مجالها ليشمل العديـــد مـــن المرافق المهمة والحيوية، الأمر الذى يؤكد مدى أهمية اللجـــوء إلـــى هـــذا الأسلوب فى التمويل، وهذه الأهمية تدفعنا إلى دراسة كيفية إبرام عقد الـــــ "B.O.T." فى الباب التالى.

الباب الأول

إبرام عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

انتهينا فى الفصل التمهيدى إلى أن عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع قد انتشر فى كثير من دول العالم المتقدمة منها والنامية لما يحققه من مزايا لطرفيه٠ ويبرم هذا العقد بين طرفين: الطرف الأول منهما يمتلك الأرض، ويحتاج إلى إنشاء مشروع معين عليها، ويغلب أن يكون هذا الطرف هو إحدى الدول، والطرف الثانى يتعاقد مع الطرف الأول على تنفيذ المشروع، وعادة ما يكون هذا الطرف شخصا معنويا من أشخاص القطاع الخاص، ثم يقوم بتشغيله لفترة معينة يعيده بعدها إلى الطرف الأول٠

ويسبق انعقاد العقد مرحلة تحضير وتجهيز للتعاقد تشمل دراسة المشروع محل العقد عن طريق إعداد دراسة جدوى له، ثم الإعلان عن طرح المشروع للتعاقد مع ما يستلزمه ذلك من إجراءات، ثم التفاوض على العقد تمهيدا لانعقاد العقد وتحديد مضمونه٠

وإذا كان الأمر كذلك فسوف نبحث هذا الباب فى فصلين على النحو التالى:

الفصل الأول: الإجراءات السابقة على التعاقد فى عقد الـ "B.O.T."٠

الفصل الثانى: انعقاد عقد الـ "B.O.T."٠

الفصل الأول

الإجراءات السابقة على التعاقد فى عقد الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

تعتبر المرحلة السابقة على انعقاد العقد مـن أهم مراحـل التعـاقد، وأخطرهـا، بما تحتويه من دراسة للمشروع من خلال إعداد دراسة جـدوى له، والإعلان عن طرحه للتعاقد من خلال إجـراءات معينة - عـادة مـا تتبعها الدولة (أو الشخص المعنوى العام الذى يمثلها) فى إبـرام عقودهـا، وأخيرا دخول طرفى العقد فى المفاوضات بما تحتويـه من تحديـد لمعظـم وأهم التزامات وحقوق طرفى العقد، وما ينشأ عنه مـن اتفاقـات تمهيديـة تتبلور بشكل نهائى فى نصوص العقد •

وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتا طويلا، أكثر من الوقت الـلازم لإبرام العقد، وخاصة فى العقود غـير التقليديـة، مثـل عقـود التنميـة الاقتصادية، ومنها عقود الـ "B.O.T."، التى لا تلائمها القواعـد التقليديـة للإيجاب والقبول، والتى أصبحت غير قادرة على الاستجابة لوسائل الإنتـاج الصناعى، وعقود الإنشاءات الدولية، وتعجز عن مجابهة المخـاطر التـى تنطوى عليها مثل هذه العقود غير التقليدية •

وإذا كان الأمر كذلك فسوف نتناول المرحلة السابقة على التعـاقد - حسب تعاقبها الزمنى - فى ثلاث مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: إعداد دراسة الجدوى •

المبحث الثانى: طرح المشروع للتعاقد •

المبحث الثالث: التفاوض على عقد الـ "B.O.T." •

المبحث الأول

إعداد دراسة الجدوى

بعد تحديد المشروع وتعريفه، يجب القيام بإجراء دراسة جدوى أولية لمثل هذا المشروع، وتقوم الدراسة بتحليل المشروع - من حيث حجمه وموقعه - والاختبارات الفنية اللازمة له، والفحص المبدئى، والموارد المتاحة له، وحجم العائد الأساسى له ومدى ربحيته.

ودراسة الجدوى هى عبارة عن: مجموعة الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات، والتى تستخدم فى تجميع البيانات، ودراستها أو تحليلها، بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية هذه المشروعات من عدة جوانب قانونية وتسويقية وبيئية ومالية، واجتماعية(١).

وتقدم دراسة الجدوى نظاما للمعلومات يساعد فى اتخاذ القرار بإنشاء المشروع، ويلاحظ أن عمل دراسة جدوى أولية للمشروع يعتبر أمرا هاما جدا فى المرحلة الأولى للتعرف على كافة جوانب المشروع والتفاوض مع الشركة التى سوف يرسو عليها العطاء لتنفيذه.

ويحتم القانون فى بعض الدول مثل (تايلند) بأن تقوم الوزارة أو المؤسسة الحكومية التى تقترح مشروعا لتنفيذه من خلال القطاع الخاص بعمل دراسة جدوى تفصيلية له، على أن تلتزم فيها بالقواعد الصادرة من مجلس التنمية الاقتصادية والاجتماعية فى هذا الصدد، ثم تقدم هذه الدراسة للمجلس الأخير لتقييمها وتقديم تقرير عنها للبرلمان(٢).

---

(١) الدكتور/ عبيد على أحمد الحجازى، والدكتور/ رمضان صديق: دراسة الجدوى للمشروع، دار الهانى للطباعة، ١٩٩٦، ص ١٣؛ الدكتور/ محمد شوقى بشادى: الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية، دار الفكر العربى، ١٩٨٤، ص ٧.

(٢) الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٥١. الدكتور/ محمد شريف الناظر، سابق الإشارة إليه، ص ٣.

وفى مصر نص قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٩٥ لسنة ٢٠٠١[١] والخاص بتشكيل لجنة وزارية لتنظيم المشروعات القومية، والمحلية بنظام "B.O.T."، على أن "٠٠٠ تقدم دراسة جدوى اقتصادية للمشروع قبل عرضه على اللجنة، يحدد فيها موقع المشروع وتوافر الأرض والمرافق التى تخدمه ٠٠٠".

ويقع عبء إجراء دراسة الجدوى للمشروع، قبل تقرير إنشائه على عاتق الحكومة المعنية، أو إحدى هيئاتها التى تعهد إليها بهذا الاختصاص، على أنه إذا لم يكن للحكومة خبرة موسعة مع مشروعات الـ "B.O.T."، - بصفة عامة - وخبرة بالمشروعات التى تبحث إنشائها - بصفة خاصة -، فقد تحتاج هذه الحكومة إلى الاستعانة بخبرات الاستشاريين - من الداخل أو الخارج - حتى تتأكد من دراسة المشروع دراسة وافية، وقد يقتضى الأمر دراسة الخبرات السابقة لبعض الدول أو الاتصال بالجهات الدولية، مثل البنك الدولى للتعرف على طبيعة هذه المشروعات كما يمكن إيفاد بعض العاملين الحكوميين لحضور دورات تدريبية فى هذا المجال[٢].

كذلك تقوم شركة المشروع بإعداد دراسة جدوى اقتصادية للمشروع بهدف تحديد الكفاية الاقتصادية للمشروع، وقياس مدى ربحيته من وجهة نظر الشركة٠

وتظهر أهمية دراسة الجدوى فى مشروعات الـ "B.O.T." متى علمنا أن عقد الـ "B.O.T." هو عقد تمويلى، وتضطلع مؤسسات التمويل بتقديم حوالى ٧٠% من حجم التمويل اللازم، ولا يتسنى لهذه المؤسسات أن تسترد هذا التمويل اعتمادا على ائتمان المساهمين وإنما اعتمادا على أداء المشروع والدخل المتوقع من تشغيله[٣].

---

(١) الوقائع المصرية، العدد ١٢٢ (تابع)، فى ٢/٦/٢٠٠١.

(٢) المستشار/ معتز كامل مرسى: تقرير بخصوص تجربة الكهربا، سابق الإشارة إليه، ص ٣.

(3) HOFFMAN, S. The law and Business of International Project Finance: A Recource For Governments, Participants, 1998, P. 7.
مشار إليه فى د٠ هانى سرى الدين، مرجع سابق، ص ٥٠ هامش (٢)٠

المبحث الثانى

طرح المشروع للتعاقد

تمهيد وتقسيم :

بعد تعريف المشـــروع والإعداد له، تقوم الحكومة بما يلـــزم نحـــو طرح المشروع للتعاقد والتنفيـــذ، وقد تتبع الدولة فى تعاقدها أسلوب دعـــوة المستثمرين إلى تقديم العطاءات عن طريق (المناقصـــة أو الممارســـة)، أو أسلوب التعاقد بالاتفاق المباشر؛ لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التعاقد عن طريق دعوة المستثمرين إلى تقديم عطاءات.

المطلب الثانى: أسلوب الاتفاق المباشر كوسيلة للتعاقد.

المطلب الأول

التعاقد عن طريق دعوة المستثمرين إلي تقديم عطاءات

يتمثل هذا الأسلوب فى التعاقد فى إعداد الحكومة لمناقصـــة لتلقـــى عطاءات من قبل المستثمرين، حسب القواعد التى يحددها قانون المناقصـــات والمزايدات، ويشمل ذلك إعداد المناقصة، وإعداد الوثائق التعاقدية، وإعـــداد عطاءات من قبل المستثمرين، وإرساء العطاء علـــى المســـتثمر المســـتوفى للشروط.

أولا : **الإعداد الحكومى للمناقصة** :

تقوم الحكومة بالإعلان عن مناقصة لطـــرح عمليـــة إنشـــاء وإدارة وتشغيل المشروع بنظام "B.O.T."، بين الشركات العالميـــة المتخصصـــة؛ وذلك حتى يتقدم المستثمرون بعروض لتنفيذ المشروع، وليس من مصلحـــة الحكومة أن يتقدم عدد كبير من المستثمرين؛ حيث يصعب، حينئذ، تحديـــد أيهم أكثر قدرة أو جدية، وقد يكون من الأفضل تقـــدم عـــدد محـــدود مـــن المستثمرين بعروض محددة وجادة حتـــى يســـهل اختيـــار أحدهـــم للقيـــام

بالمشروع[١]، وفى سبيل ذلك تقوم الجهة الحكومية المشرفة على تنفيذ المشروع بإعداد وتجميع البيانات والمعلومات اللازمة عن الشركات العالمية المتخصصة فى هذا المجال، وعن خبرتها السابقة، لاختيار قائمة موجزة بأسماء الشركات التى سيتم دعوتها لدخول هذه المناقصة[٢].

ويتعين أن يحتوى عرض المناقصة من قبل الحكومة على المعايير اللازم توافرها، حتى يمكن لمستثمر ما أن يفوز بالمشروع، وتتعلق هذه المعايير - عادة - بالوقت اللازم لتنفيذ المشروع، وتكلفة تقديم الخدمة للجمهور، وفترة تشغيل المشروع ٠٠٠٠ وغير ذلك، ويمكن للحكومة أن تتحكم فى عدد المتقدمين من خلال معايير القبول التي تلقتها حسب طبيعة المشروع، بالإضافة إلى اشتراط دفع تأمين للدخول لضمان الجدية[٣].

والإعلان عن المناقصة من الإجراءات المهمة بالنسبة لقانون المناقصات والمزايدات، ولا يعدو الإعلان عن المناقصة أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد، فهو لا يمثل إيجابا تتقدم به الحكومة إلى المتعاقد معها، فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء، على أن الإيجاب لا تتحدد معالمه وشروطه إلا بناء على الشروط والأحكام التى قررتها الإدارة فى كراسة الشروط، وعلى هذا جرى القضاء الإدارى فى مصر؛ حيث قضت المحكمة الإدارية

---

[١] الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٥٢.

[٢] جاء فى تقرير بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام "B.O.T."، ما يلى: بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٣ تم الإعلان فى الصحف المحلية والأجنبية لدعوة المستثمرين المحليين والأجانب للإجابة عن بعض الاستفسارات للتعرف المبدئى على سابق خبراتهم فى هذا المجال، وقد لاقت هذه الدعوة إقبالا كبيرا، حيث تقدم عدد ٥٤ مستثمرا محليا وأجنبيا من دول مختلفة، وتم تحليل سابق خبرتهم المبدئية، وتم اختيار ٣٤ منهم، ثم تم دعوتهم لتقديم سابق خبرتهم التفصيلية، اتحد ٢٨ منهم فى ١٩ اتحادا لشركات من دول مختلفة، تقدموا بمستندات سابق الخبرة فى ١٩٩٦/١٠/٣١، وخلال شهر يناير ١٩٩٧ تم اختيار القائمة المختصرة من ١١ اتحادا لشركات عالمية. راجع التقرير، سابق الإشارة إليه، ص ٤.

[٣] الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد: عقود الـ "B.O.T."، وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٠.

العليا بأن "الإعلان من الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها، يعد إيجابا ينبغي أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد"[١].

أهمية المناقصة :

وتسعى الحكومة من اتخاذ المناقصة أسلوبا لإبرام العقد إلى التعاقد مع أفضل العروض من حيث الشروط والسعر[٢]، ولأهمية الإعلان عن المناقصة، فقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات فى مصر على أن: "تخضع كلا من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة".

ويتضمن الإعلان عن المناقصة - عادة - موضوع المناقصة وكافة بياناته وكراسة الشروط التى تقدمها الجهة الحكومية فى عقد "B.O.T."، ويتم الإعلان عن المناقصة فى الأماكن التى حددها المشرع، وقد نص المشرع المصرى فى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على نشر الإعلان فى جريدتين عربيتين يوميتين، وفى جريدة الوقائع المصرية، إلا أنه نظرا لأن مشروعات الـ "B.O.T."، تعرض على شركات عالمية، فإننا نرى أنه لا بأس من ترجمة الإعلان إلى اللغات الأجنبية، ونشره فى الصحف الأجنبية.

القواعد التى تحكم المناقصة :

نص قانون المناقصات والمزايدات المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى المادة الأولى منه على أن "يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على

---

[١] الطعن رقم ٣٣٣ السنة العاشرة جلسة ١٩٦٧/١٢/٢، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، رقم ١٣، ص ١٦٦.

[٢] راجع تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى الدورة (٢٩)، نيويورك فى ٨ مايو إلى ١٤ يونيو ١٩٩٦، بعنوان: "الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، سابق الإشارة إليه، ص ١٤.

مقـــاولات الأعمال أو النقل أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشـــارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامــــة، ويصـــدر باتباع أى من الطريقتين قرار من السلطة المختصة، وفقا للظروف وطبيعـــة التعاقد •

ومع ذلك يجوز بقرار من السلطة المختصة التعاقد بـــأحد الطـــرق الآتية:

- المناقصة المحدودة•
- المناقصة المحلية•
- الممارسة المحدودة•
- الاتفاق المباشر •

ولا يجوز فى أى حال تحويل المناقصة إلى ممارســـة أو ممارســـة محدودة، وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقا للشروط والقواعـــد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية•

وقـــد تتم الدعوة إلى تقديم عروض عن طريـــق الأمـــر المباشـــر لمشروع أو عدة مشروعات بعد مناقشة أو ممارســـة أو تـــأثير سياســـى أو خبرة[١]•

إعداد الوثائق التعاقدية :

تقوم الحكومة أو الجهة التى تمثلها فى العقد بالتعاون مـــع المكـــاتب الاستشارية بإعداد كافة الوثائق التعاقدية، والتى على أساسها سوف تطـــرح العـــروض، أو العطاءات، وهذه الوثائق تعتبر جزءا من عقـــد المشـــروع، وتتمثل فى عدة وثائق من أهمها: **دفتر الشروط التعاقدية**: ويشـــمل شـــروط المقاولة وكيفية التنفيذ ومدته وشروط دخول المناقصة وغيرها من الشـــروط

---

(١) الدكتور/ مصطفى رشدى شيحة: بعض المظاهر المالية – القانونية لعقد المقاولـــة الدولـــى، بحث مقدم ضمن مجموعة أبحاث بعنوان (مقاولات الأعمال المدنيـــة)، مـــن إعـــداد مكتـــب الشلقامى للاستشارات القانونية والمحاماة، ص ٤٠، ٤١.

المتطلبة من صاحب العمل، والتى لابد أن يوافق عليها المستثمر كشرط مسبق لإبرام عقد الـ "B.O.T."[١].

ثانيا : إعداد عطاءات من قبل المستثمرين :

بناء على الدعوة من الحكومة أو من يمثلها إلى تقديم عروض عن طريق المناقصة أو غيرها، يقوم المستثمرون الراغبون فى التعاقد على إنشاء المشروع بتقديم عروضهم، وقد يتم ذلك من خلال مشروع أو شركة قائمة بذاتها "عرض فردى"، أو من خلال عرض مشترك وهنا تظهر فكرة الكونسرتيوم حيث يتجمع المستثمرون ويكونون اتحادا ماليا Consortium، لإعداد عطاء، ويوقع أعضاء الاتحاد اتفاقية مبدئية يحددون فيها نسبة مساهمة كل منهم فى رأس المال، والدور الذى يقوم به كل عضو فى المشروع[٢].

---

[١] تضمنت كراسة الشروط والمواصفات لمحطة كهرباء سيدى كرير الشروط الآتية:

- الحصول على تكنولوجيا متقدمة وسبق استخدامها بنجاح.
- تحديد مدة التزام تؤكد استمرارية تشغيل المحطة بنجاح لمدة لا تقل عن عشرين عاما، وبحيث يتم نقل المحطة فى نهاية المدة بحالة فنية ذات نسبة صلاحية محددة، وفى حالة انخفاض نسبة الصلاحية عن النسبة المتفق عليها يتم توقيع غرامة يتم تحديدها فى اتفاقية شراء الطاقة.
- تلبية الاحتياجات من الطاقة الكهربائية على أساس حد أدنى لمعامل إنتاجية الكهرباء.
- الالتزام بالحدود الفنية التى تضمن المتطلبات الأساسية والتى تشجع على التكنولوجيا الجيدة والاستثمار.
- عدم اشتراط جهة التمويل، أو نسبة التمويل المحلى، حيث يترك للمستثمر البحث عن مصادر التمويل بالشروط التى تضمن له أقل سعر لبيع الكهرباء يتقدم به فى مواجهة المنافسين له.

....

راجع: المستشار/ معتز كامل مرسى: تجربة الكهرباء ...، التقرير السابق الإشارة إليه، ص ٤.

[٢] الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٥٢.

ويتولى المستثمر، مقدم العرض - فردا كان أم اتحادا - مهمة إعداد دراسة جدوى للمشروع للوقوف على الجوانب المختلفة للمشروع خاصة مستوى الربحية[١]، وتشتمل دراسة الجدوى على دراسة فرص الاستثمار، وتقدير أولى للنفقات الاستثمارية ونفقات التشغيل والتدفقات النقدية، وتقييم العائد[٢].

وفى جميع الأحوال يجب على مقدم العطاء إعداده؛ لكى يتطابق مع ما ورد بكراسة الشروط، والقوانين واللوائح المعمول بها، ولابد أن يرفق مقدم العطاء، عند تقديم عطائه تأمينا لضمان جديته، وهذا ما نصت عليه المادة ١٧ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وغالبا ما يكون الضمان عبارة عن شيك، مصدق عليه من بنك محلى مقبول الدفع، فإذا كان الشيك أجنبيا، فلابد أن يعتمد من بنك محلى أو أن يرفق بخطاب ضمان صادر من أحد البنوك أو أن يكون الضمان بالنقد[٣].

ويلتزم مقدم العطاء بعد تقديم عطائه بالبقاء على عطائه خلال المدة المحددة فى الإعلان عن المناقصة، أى حتى ميعاد فتح المظاريف؛ ولذلك فهو لا يستطيع أن يرجع فى هذا العطاء أو يسحبه أو يغيره، وهذا ما تنص عليه المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات على أن: "يبقى العطاء نافذ المفعول، وغير قابل للرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء، بغض النظر عن ميعاد استلامه من الجهة الإدارية حتى نهاية مدة طرح العطاء المحدد باستمارة العطاء الموافق للشروط".

---

(1) UNIDO, B.O.T. GUIDLINES, Op. Cit., P. 24.

(٢) الدكتور/ مصطفى رشدى شيحة، سابق الإشارة إليه، ص ٣٨.

(٣) الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١١١. الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٥٢.

ويترتب على عدم التزام مقدم العطاء ببقائه المدة التى حددتها الإدارة فى الإعلان أثر هام هو مصادرة التأمين الابتدائى المرفق بالعطاء[١].

مضمون العرض :

وأيا كانت طريقة تقديم العروض أو العطاءات، فإنها يجب أن تتضمن ما يلى:

خطة إدارة المشروع وتتضمن[٢]:

- الهيكل التنظيمى للمشروع وسابقة خبرة فريق العمل الرئيسى فى نشاط من أنشطة الهيكل التنظيمى.
- الجدول الزمنى لتنفيذ جميع مراحل المشروع (ابتداء من الإعداد للمشروع - التمويل - إعداد التصميمات والتعاقد - إنشاء المشروع - تاريخ التشغيل التجارى) بالإضافة إلى الجدول الزمنى للعمرات خلال فترة الالتزام وقبل التسليم النهائى للمحطة إلى هيئة كهرباء مصر.
- خطة مراقبة تطبيق المعايير البيئية.

المكون الفنى للعرض ويتضمن :

وصفا تفصيليا للمكونات الرئيسية للمشروع والذى يوضح أنه سيتم استخدام تكنولوجيا عالمية فى إنشائه Proven Technology، بالإضافة إلى الرسومات التخطيطية والهندسية للمشروع، وقوائم البيانات الفنية، وخطة التشغيل والصيانة، وتسجيل وحفظ المعلومات وخطة المخزن وقطع الغيار ... الخ.

---

(١) الدكتور/ جابر نصار: المناقصات العامة، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص ١٢٦.
الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، ص ٢٨٢ وما بعدها.

(٢) وردت هذه البنود كجزء من عقد إنشاء محطة كهرباء سيدى كرير، راجع: معتز كامل مرسى: تقرير بشأن تجربة الكهرباء، سابق الإشارة إليه، ص ٥.

المكون السعرى للعرض ويتضمن :

أسعار بيع السلعة أو مقابل الخدمة المبتغاة من المشروع، وحجم الإمكانيات المتاحة لتقديم السلعة أو الخدمة.

المكون التجارى للعرض ويتضمن :

الشكل القانونى للاتحاد المتقدم بالعرض، وخطة التمويل، والترتيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المشروع، ونسبة المكون المحلى للمعدات والخدمات الرئيسية بالمشروع.

المعلومات المساعدة وتتضمن :

التكلفة الرأسمالية للمشروع موزعة على مكونات المشروع، وقوائم الدخل والتدفقات النقدية مع إيضاح الفرضيات التى استخدمت، بالإضافة إلى المصاريف السنوية للمشروع.

وعادة ما يتضمن خطاب الدعوة تاريخ الجلسة العلنية التى سيتم فيها فتح المظاريف لتقييم العطاءات(١).

ثالثا : تقييم العروض واختيار المتعاقد :

بعد تقديم العطاءات تعكف الحكومة بمستشاريها فى المجالات المختلفة على دراسة العطاءات التى تم تقديمها وتقييمها، ثم اختيار أفضلها من حيث التكلفة ونوعية التكنولوجيا المنقولة، ووفورات الصرف الأجنبى والعمالة المستخدمة وشروط التمويل وغير ذلك(٢)، ويتم تقييم العروض المقدمة أساسا وفقا لقواعد ومعايير التقييم التى أعلنت عنها الإدارة فى كراسة الشروط(٣)، وقد قرر القانون المصرى تشكيل لجنتين الأولى لفتح المظاريف، والثانية للبت فيها(٤)، وتأتى مرحلة البت فى العطاءات المقدمة

---

(١) راجع معتز كامل مرسى: تقرير بشأن تجربة الكهرباء، سابق الإشارة إليه، ص ٥، ٦.

(2) UNIDO, B.O.T. GUIDELINES, Op. Cit., P. 29.

(٣) المستشار/ معتز كامل مرسى: تجربة الكهرباء، سابق الإشارة إليه، ص ٧.

(٤) المواد ١، ٢، ٣ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

بعد مرحلة فتح المظاريف، وتكون مهمة لجان البت تحديد أفضل المتقدمين في المناقصة طبقا للشروط المحددة في كراسة الشروط[١].

إرساء المناقصة واختيار المتعاقد :

بعد المراحل سالفة الذكر يتم إرساء المناقصة على المتقدم بأفضل عطاء، ويتم رفض المقترحات الناقصة أو الجزئية في هذه المرحلة وإن كان يمكن للسلطة المانحة أن تطلب من اتحادات المشروعات توضيحات لمقترحاتها فإنه لا ينبغي في هذه المرحلة طلب أي تعديل يتعلق بجوهر المقترح بما في ذلك التغيرات الرامية إلى تحويل مقترح لا يلبي طلب مقدم المقترحات إلى مقترح يلبيه.

سلطة الإدارة في عدم اعتماد الترسية :

من المسلم به أن إجراءات المناقصة أو الممارسة أو غيرها من وسائل إبرام العقد، ما هي إلا تمهيد للعقد الذي يبرم في نهاية الأمر بين الإدارة والمتقدم بأفضل العطاءات، وهو ما تقرره محكمة القضاء الإداري إذ ذهبت إلى أنه لا نزاع في أنه للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسائها على المتعهدين؛ وذلك لأن طرح المناقصة في السوق وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسائها على صاحب أفضل عطاء، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد، ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقتضي إلغاء المناقصة، العدول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد[٢].

---

[١] الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٥٤.

[٢] محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ٢٥١ لسنة ١٢ ق، مجموعة المبادئ القانونية، س ١٤، ص ١٨٢.

واتجه الفقه إلى أن الإدارة تمارس هذا الحق دون أن تلتزم بتسبيب قرارها[١] وهذا الأمر مسلم به أيضا فى القانون الفرنسى حيث إنه من حق السلطة الاعتماد ورفض اعتماد نتيجة المناقصة أيضا، إعمالا لنص المادة ٢٨٧ فقرة ثانية من تقنين العقود الفرنسى[٢].

ولا شك أن منح الإدارة سلطة عدم اعتماد ترسية المناقصة أو الممارسة على العطاء الأفضل بعد كافة الإجراءات الطويلة والمعقدة يعد إهدارا لمصلحة مقدم العطاء الأفضل حيث إن صدور قرار الترسية يستوجب إبرام العقد حيث إنه بمثابة قبول الجهة الإدارية للإيجاب الذى يتمثل فى تقديم العطاء، وهذا يحول بالطبع دون رفض الإدارة المختصة اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتد به القانون[٣]، مما يخل بالثقة فى التعامل مع الدولة.

دراسة التحفظات :

قد يضع المستثمر بعض التحفظات أو الشروط عند تقديمه لعرضه، مثل عدم التزامه بعرضه فى حالة وجود عيب فى الأرض، أو تحتها، أو ادعائه عدم معرفته ببعض الأمور الفنية قبل تقديم العروض، أو تحفظه على تغيرات سعر الصرف أو تغيرات الضرائب المحتملة.

وتحقيقا للمنافسة والمساواة بين المتناقصين يتعين أن تقوم اللجان المشكلة لتقييم العروض، بتصنيف التحفظات المقدمة ضمانا لعدم حصول أى عطاء مخالف على ميزة مادية تعلو به على أقرانه، وتحديد الفترة اللازمة للدخول فى مفاوضات مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مقترنا بتحفظ، أو بتحفظات للنزول عن تحفظاته مما يجعل العطاء متفقا مع شروط المناقصة

---

(١) الدكتور/ أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٣، ص ١٨٠.

(٢) DE LAUBADER (A.): Traite de contrats administratifs. Moderne. Et P. Delvolve N.Ed T.L. 1983. P. 629.

(٣) الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٥٧.

بقدر الإمكان، كما تدرس تلك اللجان جميع الاحتمالات التى يمكن أن تترتب على هذه التحفظات ومدى تأثيرها على مجالات التصميم المختلفة، وكذلك على توزيع مخاطر المشروع، وعلى مستقبل عملية التفاوض[١].

مدى انطباق أحكام قانون المناقصات والمزايدات العامة على مشروعات الـ "B.O.T.":

يثور التساؤل" هل تنطبق أحكام قانون المناقصات والمزايدات العامة على مشروعات الـ "B.O.T."؟

يرى البعض[٢] وجوب تطبيق أحكام قانون المناقصات والمزايدات على عقود الـ "B.O.T." حيث إنها - فى نظرهم - عقود التزام مرفق عام، وهى عقود إدارية بطبيعتها، ويجب فى إجرائها تطبيق قواعد العقود الإدارية، أى قواعد قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، وهى المناقصة العامة، والمناقصة المحدودة، والممارسة العامة، والممارسة المحدودة، والاتفاق المباشر، وذلك فى الأحوال التى تتوافر فيها شروط كل منها فى الملتزم طبقا لأحكام ذلك القانون.

ويرى هذا الفريق أن هذا القانون تسرى أحكامه على جميع وحدات الجهاز الإدارى للدولة من وزارات ومصالح عامة، وأجهزة لها ميزانيات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أو اقتصادية، وعلى ذلك يخرج من نطاق تطبيقه شركات قطاع الأعمال العام، والبنوك والشركات المشتركة، وذلك باعتبار أنها من أشخاص القانون الخاص، وذلك طبقا للمادة الأولى من قانون إصدار قانون المناقصات والمزايدات.

---

(١) الدكتور/ مصطفى رشدى شيحة، سابق الإشارة إليه، ص ٤٢، الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود "B.O.T."، ص ٢٦، ١٢٧.

(٢) المستشار/ محمود محمد فهمى، سابق الإشارة إليه، ص ٢١. الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٤٧.

غير أنه بالرجوع إلى القوانين المنظمة لمشروعات الـــ "B.O.T." فى مصر - ومنها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ فى شأن تعديل أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة، وهى القوانين التى صدرت بتعديل القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة، فإننا نجد أن هذه القوانين لم تنص صراحة على تطبيق قانون المناقصات والمزايدات عند إبرام عقود الـ "B.O.T."، ولكن القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول، نص فى المادة الأولى على أن "ومع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوى داخل الإقليم، وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء وإعداد وتشغيل وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول وأجزاء منها ٠٠٠ وبمراعاة القواعد الآتية:

(أ) أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية.

..............................."

وهو ما استلزمه نص المادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر.

وعلى ذلك فإن كل ما تطلبه القانون فى اختيار المستثمر (شركة المشروع) الذى تتعاقد معه الدولة لتنفيذ المشروع، هو أن يتم فى إطار المنافسة والعلانية، لذلك لا تلتزم جهة الدولة بإبرام هذه العقود عن طريق المناقصات العامة أو غيرها من الأساليب التى نص عليها قانون المناقصات والمزايدات، فيمكن لها أن تختار شركة المشروع، وفقا لقواعد

تحددها خارج نطاق هذا القانــون، بشرط أن تخضع هــذه القواعــد لمبــدأ المنافسة والعلانية.

على أن هذا لا يمنع بطبيعة الحال - أن تبرم الجهة الإدارية مثــل هذا العقد عن طريق قانون المناقصات والمزايدات، إذا رأت أن هذا يحقــق مصالحها، ويترتب على ذلك أن الجهة الإدارية، لا يجوز لها أن تبرم عقــود الــ "B.O.T." عن طريق أساليب لا تكفل تحقيق المنافسة والعلانية.

ولعل المشرع فى القوانين سالفة الذكر قد راعى الطبيعــة الخاصــة لعقود الــ "B.O.T."، وما تحتاج إليه من مرونة قد لا تتلاءم مــع أســاليب القانون العام، فترك الأمر إلى الشخص العام المتعاقد الذى قد يرى تطبيــق قواعد القانون العام، وقد ترى تطبيق قواعد أخرى تلتزم فيها بإطار المنافسة والعلانية، وبالرغم من ذلك فإن نصوص قانون المناقصات والمزايدات رقــم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تمثل الأساس الذى يسد النقص فى الإجراءات.

وعلى ذلك فإن خلو العقد من الإحالة إلى نصوص قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، يدل على أن هذه النصوص لا تعتبر جزءا من العقد، إلا بالقدر الذى لا تخالف فيه هذه النصوص نصوص العقد، ومــا ورد بكراسة الشروط[١].

المطلب الثانى

أسلوب الاتفاق المباشر كوسيلة للتفاوض والتعاقد

إن اتباع الدولة أو (الجهة التى تمثلها فى التعاقد) - لأسلوب الاتفــاق المباشر يخولها إمكانية التفاوض مباشرة مع المستثمرين، دون التقيــد بأيــة إجــراءات شكليــة تتطلــب لوائح أو شروط إجرائية، وقد ذهــب بعــض الفقــه[٢] إلى أن الدولة أو أجهزتها ومشروعاتها العامة تظهر فــى التعــاقد كأحد أشخاص القانون الخاص متمتعة بحرية كبيرة تعفيــها مــن اتبــاع أى

---

(١) الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود البوت، سابق الإشارة إليه، ص ١٦، ١٧.

(٢) الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦١.

إجــراءات أو شكليات فى إبرام عقودها بعكس الطريقة الأولى التى سبق أن تناولــناها ونص على أحكامهــا قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فى المادة (١) وما بعدها.

ويلاحــظ علــى هذه الطريقــة أنها أكثر فائدة للدولة ومشروعاتها العامة، من الناحية الاقتصادية، فهــى لا تتطلب إجراءات النشر، أو غيرها مــن الإجــراءات المطلوبــة فى المناقصــات والممارسات، وتعد أيضا من الطــرق المناسبة لإبرام عقود الدولة الخاصة بتنفيذ مشروعات يغلب عليها طابع السرية، مثل مشروعات القوات المسلحة والشرطة.

وقــد أجاز المشرع المصرى التعاقد بالاتفاق المباشر فى المادة (٣) من قانون المناقصات والمزايدات، رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل اتباع إجراءات المزايدة أو الممارسة.

ويــرى جانــب كبير من الفقه[١] أن طريقة التعاقد بالاتفاق المباشر اســتثناء مــن الأصل العام المتمثل فى الطريقة الأولــى، غير أننا نعتقد أن الدولــة إذا رأت أن الــتعاقد بالطريق المباشر يحقق مصلحتها فى المشروع أكــثر مــن غيره فعليها اتباعه؛ لأن الدولــة إذا أرادت أن تتبع فى التعاقد أســاليب القانون الخاص، فليس عليها أن تتقيد بالإجراءات الإدارية، وعلى المشــرع أن يعدل القانون بما يتلائم مع التطورات الحديثة فى النزوع نحو تشــجيع المــبادرة الفــردية واشتراك القطاع الخاص فى إنشاء المشروعات العامة.

وهــذا الأســلوب معمــول به فى كثير من الدول وأخــذت المملكة العربــية الســعودية بهذه الطريقة فى إنشاء جامعة البترول والمعادن، والتى بلغت تكاليف إنشائها بمراحلها الأربعة عشرة مليارات فرنك بلجيكى[٢].

---

(١) الدكــتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، ص ٣٢٩. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٢.

(٢) مشار إليه لدى:

BRALANT (André) Le contrat international de construction Bruxelles 1980, P. 110.

على أن الذين يقولون بالطابع الاستثنائى لتعاقد الدولة بهذه الطريق يدللون على ذلك بأن معظم الدول تحاول تحديد الحالات التى يمكن اللجوء فيها إلى استخدام هذه الطريق، ، مع اعتقاد بعضهم[١] أن هذه الحالات منصوص عليها على سبيل المثال لا الحصر .

وقد يكون من الفائدة أن نورد الحالات التى يمكن فيها اتباع هذه الطريقة من واقع أنها تشترك فيها كثير من القوانين واللوائح[٢].

١ - فى حالات الاستعجال Les cas d`urgences والتى تستلزم عدم إمكانية اتباع الإجراءات المعقدة التى تتطلبها الطريقة الأولى .

٢ - إذا كانت العطاءات المقدمة من الشركات الأجنبية، لا تحوز إقناع الدولة الراغبة فى التعاقد سواء كان من ناحية الثمن المقترح للتكاليف أو غير ذلك من شروط تطلبها هذه الشركات .

٣ - فى الحالات التى يوجد فيها اتفاق تعاون Un accord de cooperation بين الدولة الراغبة فى التعاقد ودول أخرى، بمقتضى هذا الاتفاق يشترط الاستعانة بالشركات التابعة لهذه الدولة .

٤ - إذا كان المشروع المزمع تنفيذه، تقوم بتمويله هيئات تمويل معينة أو بعض الدول، فإن هذه الهيئات والدول المقرضة والمانحة للتمويل قد تشترط الاستعانة بشركات محددة بالاسم فيكون لزاما على الدولة اتباع هذه الطريقة للتعاقد المباشر مع هذه الشركات .

٥ - إذا كان المشروع المزمع تنفيذه، يتطلب الاستعانة ببراءات اختراع أو تراخيص صناعية، أو تكنولوجيا متطورة لا تملكها إلا شركات معينة .

---

(١) الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٢.

(٢) انظر بالتفصيل فى هذه الحالات:

فى مصر: القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨والخاص بالمناقصات والمزايدات العامة فى المادة ٣.

انظر من الفقه المصرى: د. سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٣٢٨.

٦ - التعاقد مع شركات معينة سبق لها تنفيذ مشروعات فى الدولة بقدر كبير من الكفاءة والدقة، أو لتنفيذ بعض التعديلات على مشروع سبق لها تنفيذه، أو القيام بتنفيذ بعض الأعمال التكميلية لمشروعات سبق لها الانتهاء من تنفيذها.

٧ - بالنسبة لتنفيذ بعض المشروعات ذات الطابع السرى، والمتعلقة بالأمن القومى للبلاد، مثال المشروعات التى تقوم بتنفيذها أجهزة الدفاع والشرطة.

عرضنا فيما سبق لطرق اختيار المتعاقد لتنفيذ المشروع، ورأينا أنها تنحصر فى طريقتين رئيسيتين، الأولى: عن طريق السماح للشركات المحلية والأجنبية بالتقدم بعطاءاتها والتى تستلزم ضرورة إرساء العطاء على الشركة أو الشركات التى تتقدم بأفضل العطاءات وعرضنا فى هذا الصدد المعايير التى تستخدم فى التفضيل بين هذه العطاءات، وأما الطريقة الثانية: فهى أن يتم التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر، على أنه فى جميع الأحوال فإن الدولة ستدخل فى مفاوضات مع الطرف المتعاقد معها لتحديد شروط العقد وهو ما سنتحدث عنه فى الفقرة التالية.

المبحث الثالث

التفاوض على العقد

يعرف بعض الفقهاء[1]، المفاوضات بأنها تلك المرحلة التمهيدية التى تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفى هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ليس هناك إيجاب يمكن قبوله، وإنما هناك - فحسب - عروض، وعروض مضادة.

ويعرف البعض[2] التفاوض بأنه "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية التى يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التى تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه.

إن الإعداد الجيد فى مرحلة التفاوض على العقد بما يسفر عنه من اتفاقات تمهيدية تحمل بين طياتها عوامل توازن المصالح بين الطرفين بما يتضمنه ذلك من شروط وضمانات تحول دون نشوء منازعات بين طرفى العقد، هو غاية ما يصبو إليه الطرفان من تحقيق أهدافهما من العقد.

وتعد عملية التفاوض من الوسائل المهمة فى تسهيل عملية التقاء إرادتى طرفى التعاقد، والتوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضى أو بقبول حلول وسط على أساس من حسن النية المتبادلة بين الأطراف، والرغبة الصادقة فى الوصول إلى اتفاق[3].

---

(1) CARBONNIER "J.": Droit civil, 4 – les obligations, 29 éd PUF 1996, N° 28-6, P. 72.

(2) الدكتور/ حسام الدين الأهوانى: المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إبرام العقد الدولى، بحث مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدنى ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولى، القاهرة، فى ٢، ٣ يناير ١٩٩٣، ص ٢.

(3) انظر الدكتور/ محمد سعيد الحلفاوى: استراتيجيات وأساليب التفاوض، بحث مقدم إلى ندوة أكاديمية البحث العلمى بالقاهرة فى ٩ - ٢٥ من فبراير ١٩٨٦.

ويغلب أن تكون المبادرة لبدء التفاوض من جانب الدولة (أو الشخص المعنوى العام الذى يمثلها)، وهى تحدد بدقة موضوع المشروع المراد إنجازه، وتختار شركة المشروع التى تدخل معها فى مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع، والتى قد تؤدى إلى إبرام العقد، وفقا للشروط والنتائج التى ينتهى إليها التفاوض، وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن تكون شركة المشروع هى الطرف البادئ بالتفاوض ويحدد مضمون الاتفاقات التمهيدية شكل المستندات التى يتبادلها الطرفان ومحتواها، وذلك فى مسميات مختلفة مثل: البروتوكول، أو مذكرة التفاهم، أو خطاب النوايا[١].

وتبدأ مرحلة التفاوض بالجانب الفنى وبخطة التشغيل والصيانة، وفى ضوء احتياجات كل طرف ومدى قدرته على الاستجابة لطلبات الطرف الآخر[٢]، تبدأ المفاوضات القانونية لتحديد شروط التعاقد وأحكامه، وإعداد الصياغة القانونية للجوانب الفنية لإدراجها بين بنود العقد أو ملحقاته فى شكل التزامات على طرفيه[٣].

وقد تطول أو تقصر هذه المفاوضات طبقا لظروف وملابسات العقد المزمع إبرامه[٤]، ففى العقود التى تقوم الدولة بإبرامها، تبدأ المفاوضات من لحظة إبداء الدولة لرغبتها فى إبرام العقد، والتى تخرجها إلى الواقع العملى

- ولمزيد من الإيضاح: الدكتور/ بلال عبد المطلب بدوى: مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ٦٤ وما بعدها.

(١) الدكتور/ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بدون ناشر، ٢٠٠٢، ص ٥.

(٢) انظر فى ذلك:
CEDRAS (J.": L`obligation de nègocier, RTD com. 1985, P. 265.

(٣) انظر الدكتور: عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٤) انظر فى الموضوع: الدكتور/ محمد عبد الظاهر حسين، سابق الإشارة إليه، ص ٥، هامش (١).

من لحظة تقديم العروض إلـــى المســتثمرين للتقــدم بالعطــاءات، وهــذه المفاوضات قد تنتهى فى لحظة ميلادها، وذلك فى اللحظة التى تكتفى فيــها الدولة (أو الشخص العام الذى يمثلها) باختيار أفضل العطاءات وإبرام العقـد النهائى مع صاحبه، وذلك دون الدخول معــه فــى أى نـوع مــن أنــواع المفاوضات، وقد يحــدث عكس ذلك، فيكون اختيار هذا العطــاء الأفضـل بمثابة الخطوة الأولى لبدء مفاوضات طويلة بين الشخص المعنــوى العــام، وصاحب العطاء، وفــى هــذه الحالة قد تتطرق لموضوعات شتى، ســواء منها ما كان متعلقا بالأمور الفنية أو القانونية، وقد تتجاوز ذلك إلى التطــرق لمسائل التمويل والتأمين، واقتصــــاديات المشــروع، والمســائل البيئيــة والسياسية ...

وبصفة عامة فإن المفاوضات تقوم بدور مهم فى مجال عقود التنميـة الاقتصــادية التى تدخل الدولة طرفا فيها - ومنها عقــود الـــ "B.O.T."، بحيث تركــز على التبنى الكامل لفكرة الحريــــة التعاقديــة، لذلــك فــإن التفاوض علـــى العقد لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطــرفين إلى الدخـول فى التفاوض بهدف إبرام عقد معين؛ إذ أن كل طرف لا يدخل فى التفــاوض مع الطرف الآخــر إلا بعد أن تتكون لديــه إرادة حقيقيــة عازمــة علــى التفاوض، وكل متفاوض يظل طيلة مرحلة المفاوضات متمتعا بكامل حريتـه فى إبرام العقد أو عــدم إبرامه، أى أن إرادته بشأن إبرام العقد تكون غــير باتة وغير نهائية حتى آخر لحظة، فلا تتقيد نهائيا بالعقد إلا بعد أن تتبلــور نقاطه الجوهرية بشكل يحظى برضائه التام دون أى إجبار أو ضغط علــى إرادته[١].

ويجدر التنويه إلى أن المفاوضات القانونية تحتاج إلى فريق يتمتــع بقدرة تفاوضية عالية، ودراية كافية بالأنشطة المتنوعة التى تتعلق بعقود الـــ "B.O.T."، والأنظمة القانونية المختلفة التى يتعين الاهتمام بهــا فــى هــذا

---

[١] الدكتور/ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربيــة، ٢٠٠٠، ص ٦٦ وما بعدها.

الصدد؛ لهذا فإن توافر الخبرة القانونية فى فترة التفاوض هو أمر بالغ الأثـر فى إفراغ شروط وأحكام العقد وملحقاته فى صياغة قانونية سـليمة، حتـى يكون العقد متسقا، ومنسجما مع كل الوثائق المرتبطة به.

وتنتهى المفاوضات القانونية إلى صياغة نصوص العقـد متضمنـة مواعيد التنفيذ، ومدة العقد، وأسلوب التشغيل، والصيانة والضمانات البنكيـة ومصادر التمويل، وحدود الغرامات المالية، والضمانات القانونية، وتحديـد القضاء المختص للفصل فى المنازعات وبيان القانون الواجب التطبيق.

وعلـى ذلك يعتبر التفاوض مرحلة تمهيدية فى الطريق إلى العقـد، فهو يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائى وإذا كان التفـاوض لا يلزم الطرفين بـإبرام العقد[١]، إلا أنه يهدف فى النهاية إلـى تحقيـق هـذا الإبرام، فمن خلال التفاوض يقوم الطرفان بالتمهيد لإبـرام العقـد، وذلـك بمناقشة شروطه وإجراء الدراسات اللازمة بشأنه، وكلما توصلا إلى اتفـاق حول بعض هذه الشروط فإنهما يقومان ببلورتها فى اتفـاق مرحلـى، ثـم يواصلا التفاوض حول الشروط الباقية؛ وبذلك يتحرك الطرفان فـى اتجـاه العقد خطوة بخطوة ومرحلة تلو أخرى[٢].

فإذا توصلا إلى اتفاق نهائى حول الشروط الجوهرية فى العقد فـإن العقد يكون - حينئذ - جاهزا للانعقاد، ومن ثم ينتقل الطرفان إلى المرحلـة التالية والأخيرة، وهى مرحلة إبرام العقد، فيقومان بتبادل الإيجاب والقبـول المتطابقين، وفقا للاتفاق التفاوضى الذى توصلا إليه؛ إذ يقومان بإفراغ هـذا الاتفاق فى ورقة مكتوبة ويوقعان عليها، وعندئذ ينعقد العقد نهائيا، وانعقـاد العقد هو موضع بحثنا فى الفصل التالى.

---

(١) الدكتور/ حسام الدين كامل الأهوانى: النظرية العامـة للالـتزام، الجـزء الأول: مصـادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٨٠.

(٢) الدكتور/ رجب كريم عبد اللاه، سابق الإشارة إليه، ص ٧١، ٧٢.

الفصل الثانى

انعقاد العقد

تمهيد وتقسيم :

طبقـــا للقواعد العامة فإن العقد هو توافق إرادتيـــن أو أكـــثر علـــى إحداث أثر قانونى. فالتراضى هو قوام العقـــد، والتراضى ينصـــرف إلـــى إنشاء الالتزام، وكل التزام لابد له من محل وسبب، فالمحل والسبب ركنـــان فى الالتزام[١]، ولكن جرت العادة لدى غالبية الشراح[٢] على اعتبار المحـــل والسبب ركنين فى العقد، على أساس أن عدم توافـــر شـــروط المحـــل أو

---

[١] الدكتور/ عبد الودود يحيي: الموجز فى النظرية العامة للالتزام - القســـم الأول، مصـــادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٢٧؛ الدكتور/ جميل الشرقاوى: النظرية العامـــة للالتزام - الكتاب الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٩٥؛ الدكتـــور/ محمد إبراهيم دسوقى: نظرية الالتزام، بدون ناشـــر، ١٩٩٣، ص ٣٣؛ الدكتـــور/ ســـليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧، ص ١٤٠.

[٢] الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٤، ص ٨٦؛ الدكتـــور/ عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، الجـــزء الأول، دار النهضـــة العربية، ١٩٩١، ص ١٤٦؛ الدكتور/ حسام الدين كامل الأهوانـــى: النظريـــة العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثالثـــة، ١٩٩٥، ص ٥٧؛ الدكتـــور/ فتحى عبد الرحيم عبد الله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام فـــى القـــانون المصـــرى والإنجليزى المقارن، ١٩٩٧، بدون ناشر، ص ٤١؛ الدكتور/ محيى الديـــن إســـماعيل علـــم الدين: نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضـــة العربيـــة، الطبعة الثانية، ١٩٩٤، ص ١٤٣؛ الدكتور/ عبد الحميد عثمان محمد: المفيد فى شرح القانون المدنى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٥٥.

ويرى الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، (فى الوســـيط، الجـــزء الأول: مصـــادر الالتزام - المجلد الأول: العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢١٠): أن للعقد ركنين هما التراضى والسبب، أما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد ولكن أهميته لا تظهر إلا فـــى الالتزام الذى ينشأ عن العقد.

السبب يؤدى إلى بطلان الالتزام، وبالتالى إلى بطلان العقـد؛ وعلى ذلك فإنه لانعقاد العقد يلزم توافر هذه الأركان الثلاثة وهى التراضى والمحل والسـبب وسوف نبحث هذه الأركان فى اختصار فى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: التراضى.

المبحث الثانى: محل العقد.

المبحث الثالث: سبب العقد.

المبحث الأول

التراضى فى عقد الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

إن التراضى فى عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع مصدره الإرادة التى هى الركن الجوهرى فى التصرف القانونى بوجه عام، والمقصود بالإرادة، أن يعى المتعاقد أمر العقد الذى هو مقدم عليه، مدركا ماهية التصرف الذى يجريه، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه[١]، ونبحث فيما يلى وجود التراضى فى مطلبين على النحو التالى.

المطلب الأول: الإيجاب فى عقد الـ "B.O.T.".

المطلب الثانى: القبول فى عقد الـ "B.O.T.".

المطلب الأول

الإيجاب فى عقد الـ "B.O.T."

التراضى هو: توافق إرادتى المتعاقدين على إحداث الأثر القانونى المقصود من العقد[٢]، ويتحقق التراضى بأن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين، أى بارتباط الإيجاب والقبول.

---

(١) الدكتور/ أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار المعارف، ١٩٦٢، ص ١٠٦، ١٠٧. الدكتور/ سمير تناغو: مصادر الالتزام والإثبات، طبعة ١٩٨٩، ص ٣٢. الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، بدون ناشر، ١٩٨٤، ص ٨٩؛ الدكتور/ جميل الشرقاوى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٩٥.

(٢) الدكتور/ عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١٤٥. الدكتور/ أنور سلطان، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٦. الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الإشارة إليه، ص ٨٨. الدكتور/ عبد الناصر توفيق العطار: أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، ج ١، عقد البيع، مطبعة =

والتراضى يكفى لانعقاد عقـد الـ "B.O.T." طبقا للقاعدة العامة، التى وردت فى المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى[١]، والتى تنص على أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

أثر تدخل الدولة فى عقود الـ "B.O.T." على رضائية العقد :

نتيجة للتطورات الاقتصادية التى حدثت فى الآونة الأخيرة تدخلت الدولة فى ممارسة النشاط التجارى، كما تعاقدت بـذات أساليب القانون الخاص، وأبرمت العديد من العقود.

ولا شك أن ما يميز عقد الدولة هو ذلك التدخل من الدولة أو أحد أجهزتها أو أحد المشروعات العامة التابعة لها، فى علاقة تعاقدية تشبه ما يمكن أن يبرمه أشخاص القانون الخاص بعقود مدنية، تخضع للقانون الخاص، ذلك أن القيود التى ترد على حرية التعاقد تختلف بشأن عقود الدولة عنها بالنسبة للعقود الخاصة.

فمن العقود التى تبرمها الدولة، ما لا يتم إبرامه، أو على الأقل دخوله حيز التنفيذ إلا بصدور تشريع بذلك أو بالتصديق عليه وفقا لإجراءات خاصة من السلطة التشريعية أو التنفيذية، من ذلك عقود استغلال وتصنيع البترول، وعقود نقل التكنولوجيا العسكرية[٢].

- السعادة، ١٩٧٦، ص ٧٦. الدكتور/ جلال العدوى: أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، ١٩٩٧، ص ٧٧.

(١) نفس الحكم فى القانون المدنى الليبى (م ٨٩)، والقانون السودانى (م ٣٤ مدنى)، والقانون المدنى العراقى (م ٨٧)، وهذا المعنى مسلم به فى القانون اليمنى (م ١٥٥، ١٥٦ مدنى)، والقانون الكويتى (م ٤٩ مدنى)، وقانون الإمارات العربية (م ١٤٢ مدنى). راجع فى ذلك الدكتور/ عبد المنعم الصدة، سابق الإشارة إليه، ص ١٤٥.

(٢) الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: عقود نقل التكنولوجيا، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٧٧.

ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة (٧) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر، من أن "ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة".

فضلا عما يوضع من شروط مسبقة - تختلف من دولة إلى أخرى - كاشتراط إصدار ترخيص معين من الوزير المختص أو من جهة معينة، ومثال ذلك: قرار مجلس الوزراء رقم ٦٩٥ لسنة ٢٠٠١[١] بتشكيل لجنة وزارية ومجموعة عمل لتنظيم المشروعات القومية والمحلية بنظام "B.O.T." والذى نص على أن: "

١ - تشكل لجنة وزارية من السادة:

- وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية.
- وزير الكهرباء والطاقة.
- وزير الاتصالات والمعلومات.
- وزير التخطيط والدولة للتعاون الدولى.
- وزير المالية.

٢ - تكون مهمة اللجنة التنسيق والرقابة بشأن إسناد المشروعات القومية والمحلية بنظام "B.O.T"، وذلك وفقا للضوابط التالية:

١ - تعد كل وزارة بيانا بالمشروعات التى تحتاج إليها لتحقيق تنمية القطاع المسئولة عنه خلال العشر سنوات القادمة.

٢ - ....

ونعتقد أن تلك الإجراءات لا تنال من مبدأ رضائية العقد؛ لأن هذه الإجراءات قصد بها تنظيم تعاقد الدولة، وتنسيق مشروعاتها بما يتفق مع خططها التنموية، وبالرغم من ذلك يظل عقد الـ "B.O.T." رضائيا حيث إن القانون لم يشترط له شكلا معينا، وإن كانت العادة قد جرت على أن يكون العقد مكتوبا.

---

(١) الوقائع المصرية، العدد رقم ١٢٢ فى ٢٠٠١/٦/٢٢.

مفهوم الدولة كطرف متعاقد يصدر عنه الإيجاب فى عقود الـ "B.O.T." :

ولا تثور مشكلة فيما يتعلق بتبادل الإيجاب والقبول، عندما يكون طرفا العقد كلاهما من القطاع الخاص؛ إذ عليهما أن يتبعا الإجراءات الخاصة بالتعاقد حسبما حددتها القواعد العامة فى القانون المدنى.

أما إذا أبرم العقد بين الدولة وشخص من القطاع الخاص - كما هو الغالب، فإن ذلك يثير مسألة تحديد المقصود بالدولة كطرف متعاقد، والجهة التى تمثلها.

وفى الأغلب الأعم من الحالات يصدر الإيجاب من الدولة؛ إذ هى - فى العادة - تطرح المشروع للتعاقد بما يتوافق مع خطتها فى التنمية الاقتصادية، لذلك قد يكون من المهم أن نحدد المقصود بالدولة كطرف متعاقد فى عقود الـ "B.O.T.".

ويرجع دخول الدولة فى العلاقات التعاقدية من أجل التنمية الاقتصادية، إلى بداية القرن العشرين؛ حيث احتكرت الدول الاشتراكية - التى تتبع سياسة التخطيط الموجه - ممارسة عمليات التجارة الدولية، سواء أكان ذلك بنفسها - أم عن طريق مشروعاتها العامة والتى تنشئها خصيصا لهذا الغرض، ومن بداية الستينات من هذا القرن ظهرت دول أخرى، أصطلح على تسميتها بدول العالم الثالث أو الدول النامية، وهذه الدول بدأت تدخل فى روابط تعاقدية مع أشخاص القانون الخاص المحلى والأجنبى مستخدمة نفس الأساليب المألوفة فى القانون الخاص؛ وذلك لتشجيع القطاع الخاص على الدخول فى هذه العلاقات التى تكون الدولة فى أمس الحاجة إليها، فلجوء الدولة إلى أساليب القانون الخاص يوفر عوامل الثقة والاطمئنان التى تعد أهم مستلزمات علاقات التنمية الاقتصادية[١].

---

(١) انظر فى ذلك: الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة/ سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٤٤٥؛ الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٠.

ويقصد بالدولة المتعاقدة[١] فى مجال عقود الـ "B.O.T.": الدولة التى تدخل فى روابط تعاقدية مع أشخاص من القانون الخاص من أجل تنفيذ المشروعات التى تعود بالخدمة العامة على مواطنيها، مثل مشروعات البنية الأساسية، وغيرها من المشروعات العامة التى تحتاجها الجماهير، فى إطار ما اصطلح على تسميته بـ "عقود التنمية الاقتصادية"[٢].

ولتحديد مفهوم الدولة المتعاقدة فى إطار عقد التنمية الاقتصادية، نجد أن الفقه يتجه إلى اتجاهين متعارضين فى تحديد ذلك المفهوم.

---

(١) بطبيعة الحال لا يقصد بالدولة فى هذا المجال المفهوم المستقر عليه فى فقه القانون الدولى العام والذى ينظر إليها كأحد أشخاص هذا القانون؛ وذلك أن منطق الأمور يقضى بأنه فى حالة دخول الدولة فى العلاقات التعاقدية، بصفتها أحد الأشخاص الدولية العامة ذات السيادة، يقتضى أن يكون شريكها المتعاقد معها هو أحد أقرانها ممن يحملون نفس صفتها، بمعنى أن يكون ذلك الطرف دولة أخرى أو إحدى المنظمات الدولية، وعندئذ لا نكون بصدد رابطة عقدية يعنى بها القانون الداخلى، وإنما نكون بصدد معاهدة أو اتفاقية يعنى بها القانون الدولى العام، ويكاد ينعقد الإجماع بين فقهاء القانون الدولى العام على أن الدولة: مجموعة من الأفراد يقيمون إقامة دائمة ومستقرة على رقعة من الأرض، ويخضعون لسلطة سياسية عليا.

انظر فى ذلك: الدكتور/ حامد سلطان والدكتورة/ عائشة راتب: القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٣٣٥ وما بعدها. الدكتور/ عبد العزيز سرحان: مبادئ القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ٣٣٣ وما بعدها. الدكتور/ جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولى العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص ٢٠٦ وما بعدها.

(١) وانظر أيضا:

LALIVE, "J. F.": Les contrats entre étates ou entreprises Etatiques et Personnes Privées R.G.A.D.I., 1983, III: PP. 11.

(٢) وتعرف عقود التنمية الاقتصادية بأنها: العقود التى تبرم بين دولة نامية، أو من يعمل باسمها أو لحسابها، ومشروع خاص أجنبى يكون موضوعه إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشآت صناعية بهدف التنمية، راجع فى ذلك: الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية فى القانون الدولى الخاص، مكتبة النصر، ١٩٩١، ص ٢٢.

الأول: اتجاه مضيق يقصر عقود الدولة على العقود التى تقوم الدولة – بنفسها – بإبرامها من خلال من يمثلها[١].

والثانى: اتجاه موسع وهو الذى يلحق بالدولة بمفهومـــها الســـابق أجهزتـــها السياسية والإدارية ووحداتها الاقتصادية العامة[٢]، ووفقا لهذا الاتجـــاه فإن عقود الدولة تشمل إلى جانب العقود التى تقـــوم الدولـــة نفســـها بإبرامها، العقود التى تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها ٠

ويؤيد جانب من الفقه[٣]، الاتجاه الموسع لنطاق عقود الدولة مشـــيرا إلى نص المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن المنشــــئة للمركـــز الدولـــى لحـــل المنازعات الناشئة عن الاستثمار والتى تقضى بأن "يختص المركـــز بنظـــر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تـــابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز ٠٠٠"٠ فالمركز المذكور لا يختـــص فقط بالمنازعات التى تكون الدولة ذاتها أحد أطرافـــها ولكـــن أيضـــا يمتـــد اختصاصه ليشمل نظر المنازعات التى تكون أحد أطرافها هيئـــة عامـــة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز ٠

ويشير الأستاذ Verhaven[٤] إلى أن المعيار الذى وضعتـــه معـــاهدة واشنطون من أجل أعمالها وتطبيق أحكامها يتسم بالدقة والوضوح فـــى آن واحد، فالمؤسسة العامة أو الجهاز التابع للدولة يجب أن يتم تحديده بواسطتها أمام المركز؛ فلكى يوجد عقد من عقود الدولة فـــى الحـــالات التـــى يكـــون

---

(1) Le Boulonger, "Ph.": "Les contrats entre etats et entrepeirses" Economica, Paris, 1985, P. 8.

(٢) انظر فى ذلك:

Joe Verhoven: Contrat entre etat et Ressortissants d, autres Etats, dans "Le contrat Economique International", 1975, Quellque de Louvin, Brouxll, P. 199.

(٣) انظر فى عرض هذا الاتجاه: الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمـــة بيـــن الـــدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٩.

(4) Verhaven, Op. Cit., P. 199.

الطرف المتعاقد فيه طرف غير الدولة، فلابد من وجود جهاز تكون الدولة قد أنشأته وعينته ليحل محلها فى العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية.

والحقيقة أن الاتجاه الموسع لعقود الدولة هو الأولى بالتأييد؛ لأنه يتناسب مع وظيفة الدولة فى التنمية الاقتصادية، فالدولة إنما تنشئ هذه الأجهزة والأفرع والهيئات؛ لكى تقوم نيابة عنها بعبء التنمية الاقتصادية، كما أن إنشاء هذه الأجهزة والهيئات والشركات الوطنية، التى تتميز بالقدرات الاقتصادية الضخمة، بلا شك أمر مفيد للدولة؛ ذلك أن تخصصها وقوتها الاقتصادية قد تسمح لها بالتطوير الذاتى للاقتصاد الوطنى بإبرام العقود الدولية، التى تهدف إلى التنمية الاقتصادية وقد تنيب الدولة أحد مشروعاتها المتخصصة فى تنفيذ جزء من سياستها الوطنية، عملا على ضمان تنفيذها على نحو أفضل، بحيث يكون هذا المشروع مجرد أداة للدولة يقوم على تنفيذ سياستها الاقتصادية، لصالح مرفق عام، وتحقيقا للمصلحة العامة[١].

وعلى ذلك فإن المقصود بالدولة – فى هذا المجال – كل جهة تمثلها، وتتعاقد باسمها[٢]، وتحملها الالتزامات وتكسبها الحقوق سواء أكانت هذه الجهة من وحدات الحكومة المركزية كالوزارات وفروعها، أم من وحدات الإدارة المحلية، أو هيئات اقتصادية تابعة للدولة، هذه الجهات هى ما يطلق عليها "الأشخاص المعنوية العامة"[٣].

---

(١) الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: عقود نقل التكنولوجيا – دراسة فى إطار القانون الدولى الخاص، والقانون التجارى الدولى، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٩١.

(٢) الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد: النظام القانونى لعقود إنشاء المنشآت الصناعية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ١٩٩٢، ص ١٢٨ وما بعدها. الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، سابق الإشارة إليه، ص ٤٠.

(٣) الدكتور/ سليمان محمد الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ٦٣.

الجهة التى تمثل الدولة فى التعاقد : (**الأشخاص المعنوية العامة**) :

تتعاقد الدولة عن طريق الأجهزة المركزية أو المحلية التابعة لها، وهى ما اصطلح على تسميتها بـ "الأشخاص المعنوية العامة"، أو عن طريق المشروعات الاقتصادية العامة التى تنشئها لهذا الغرض وسوف نلقى شيئا من الضوء على الجهات التى يمكن أن تمثل الدولة فيصدر منها الإيجاب فى عقود الـ "B.O.T."٠

أولا : **التعاقد عن طريق الأجهزة المركزية أو المحلية التابعة للدولة والهيئات التابعة لها** :

ذكرنا – فيما سبق – أن الأجهزة التى تمثل الدولة فى التعاقد هى الأجهزة المركزية كالحكومة، والوزارات أو المحلية كالمحافظات والمدن والقرى، فقد تكون الجهة التى تمثل الدولة هى إحدى الوزارات، مثل طرح وزارة النقل المصرية مشروعات إنشاء واستثمار عدد من الطرق الحرة، والسريعة، على المستثمرين المصريين والأجانب لتمويلها وتنفيذها بنظام الـ "B.O.T."[١].

وقد تكون الجهة التى تمثل الدولة فى التعاقد، إحدى وحدات الحكم المحلى، مثال ذلك: تعاقد محافظة القاهرة على إقامة جراج – تحت الأرض – بميدان التحرير يتسع لحوالى ٣٢٠٠ سيارة وجراج آخر بمنطقة الدراسة يتسع لحوالى ١٠٠٠ سيارة[٢].

وقد تكون تلك الجهة إحدى الهيئات التابعة للدولة، مثل شبكة الاتصالات التركية، التى تعاقدت على تنفيذ مشروعات بمائة مليون دولار

---

(١) الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية فى الدول النامية عن طريق نظام البوت، ص ٦.

(٢) الدكتور/ فاروق جمعة عبد العال: الموازنة العامة للدولة وعقود الـ "B.O.T."، بحث منشور بمجلة الدراسات والبحوث التجارية، كلية التجارة ببنها، السنة العشرين، العدد الثانى، ٢٠٠٠، ص ٧٨٧.

خاصة بالتليفون المحمول[١]، بمقتضى نظام "B.O.T."، والعقد الذى وقعته مؤسسة الطاقة الفليبينية عام ١٩٨٩ مع مؤسسة "هوبويل" لإنشاء محطة غاز توربينية لتوليد الطاقة[٢].

ثانيا : التعاقد بواسطة المشروعات العامة الاقتصادية :

نظرا لاتساع النشاط الاقتصادى والتجارى الذى تتدخل فيه الدولة مباشرة، كان لابد من التفكير فى ابتكار وسيلة قانونية لتجنب الدولة هذا التدخل المباشر، وقد تجسدت هذه الوسيلة فى إنشاء ما يسمى بالمشروعات العامة أو "مشروعات الدولة"، والتى أنشأتها الدولة، وأسندت إليها بعض الوظائف الاقتصادية التى كانت تدفعها للتدخل المباشر فى العلاقات الاقتصادية، مع القطاع الخاص المحلى أو الأجنبى وقد بدأت هذه المشروعات تمارس مهامها مستخدمة نفس الأدوات القانونية المألوفة فى التعامل فى إطار القانون الخاص، مما أتاح لها حرية الحركة والتخلص من الشكليات الإدارية التى يمكن أن تعوقها فى ممارسة مهامها.

والمشروعات العامة الاقتصادية هى (الأداة القانونية التى تستخدمها الدولة للمساهمة فى الحياة الاقتصادية المعاصرة)؛ ولذلك فهى تشبه ذراع الدولة "Le bras de l`Etat" والذى يعتمد عليها لممارسة الكثير من وظائفها الاقتصادية[٣].

ويطلق عليها البعض[٤] وصف المشروعات العامة الاقتصادية؛ تمييزا لها عن المشروعات العامة الإدارية، التى يغلب عليها الطابع

---

(1) Faye Leven, Op. Cit., P. 8.

(2) Schemes www. Intradosgrout, Com Training. Junc 3. him.
PHILIPPENE BUILD – OPERATE – TRANSFERLAW, Repblic, Act No. 771.8. the Chan Robles Virtual-Law, Library, Chan Roblrs Pub., Co. 1999, P.P. 1-12.

(٣) انظر:
G. Blanc: Industrilisation. Entreprises publiques et developpement, D.P.C.I. 1986, T. 12 No. 3 P. 472.

(٤) الدكتور/ عوض الله شيبه الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ١٤٦، ١٤٧.

المصلحى أو الإدارى، بسبب طبيعة النشاط الذى تمارسه والذى يختلف عن أنشطة الأفراد؛ لذلك فالمشروعات العامة الإدارية تخضع فى ممارسة نشاطها للقانون العام وقد تلجأ للقانون الخاص على سبيل الاستثناء، ومن أمثلتها: مرافق العدالة، والصحة، والتعليم، ٠٠٠٠ بينما على العكس من ذلك - تمارس المشروعات العامة الاقتصادية أنشطة مماثلة لأنشطة الأفراد العاديين، وتخضع فى ذلك لأحكام القانون الخاص[١].

وكانت الدول الاشتراكية التى تتبع سياسة الاقتصاد الموجه فى مقدمة الدول التى استخدمت المشروعات العامة الاقتصادية، بغرض التخفيف من العبء الملقى على عاتق الدولة، ثم بدأت غالبية الدول خصوصا الدول النامية، فى استخدام نفس الوسيلة٠

وفى مصر تتمثل المشروعات العامة الاقتصادية - الآن - فى شركات قطاع الأعمال العام[٢]، التى سنبحث التكييف القانونى للعقود التى تبرمها فى الباب الثانى من هذا البحث٠

---

[١] ويطلق فقه القانون العام على هذين النوعين من المشروعات العامة: المرافق العامة التقليدية، والمرافق العامة الاقتصادية، ويقترح عدة معايير للتمييز بينهما، وسنعود للحديث عن تلك المعايير فى الباب الثانى من هذا البحث٠

- انظر فى ذلك: الدكتور/ سليمان الطماوى: مبادئ القانون الإدارى، دار الفكر العربى، ص ٤٠ وما بعدها٠ الدكتور/ بكر القبانى: القانون الإدارى، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ٣٤٨. الدكتورة/ سعاد الشرقاوى: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨ - ١٩٩٩، ص ١٤٠.

[٢] قبل صدور القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الخاص بهيئات القطاع العام وشركاته كانت المشروعات العامة فى مصر، تضم الهيئات العامة التى ينظمها القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣، والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام التى كان ينظمها القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١.

ثم جاء القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ المنشور فى الجريدة الرسمية فى ١٩٧٥/٩/١٨ وألغى فى مادته الأولى فقرة ثانية الكتاب الأول الخاص بالمؤسسات العامة من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١، وأبقى على الكتاب الثانى الخاص بشركات القطاع العام٠

-

المطلب الثانى

القبول فى عقد الـ "B.O.T."

الطرف الذى يصدر منه القبول فى عقد الـ "B.O.T." (الطرف الثانى فى التعاقد):

ذكرنا فيما سبق أن الطرف الثانى فى عقد الـ "B.O.T." هو مستثمر من القطاع الخاص وهو الذى يتولى التعاقد مع الشخص المعنوى العام الذى يمثل الدولة، وإذا كان الغالب أن يصدر الإيجاب من قبل الشخص المعنوى العام الذى يمثل الدولة، فإن الغالب أيضا أن يصدر القبول من قبل المستثمر الخاص الذى يدخل فى تعاقد مع الدولة لتنفيذ المشروع.

والمستثمر الخاص الذى يتعاقد مع الدولة لتنفيذ مشروعات بنظام الـ "B.O.T."، قد يكون محليا، وقد يكون أجنبيا، وقد يكون مجموعة شركاء محليين وأجانب، وهو قد يكون فردا، وقد يتخذ شكل شركة، غير أنه نظرا للحجم الضخم الذى تتطلبه الاستثمارات فى هذا المجال، فغالبا أن يتقدم للتعاقد فى هذه المشروعات عدة أفراد أو شركات تكون فيما بينها اتحادا

- وبهذا التطور انتهت المؤسسات العامة، ولم يبق سوى الهيئات العامة وشركات القطاع العام، وبصدور القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ألغى القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥، وأنشأ ما سمى هيئات القطاع العام، وأطلق على الشركات التابعة لهذه الهيئات شركات القطاع العام، وبهذا التحول التشريعى، يمكن القول بأن المشروعات العامة فى مصر تتمثل فى شكلين: أحدهما ذو طابع إدارى، ويطلق عليه "الهيئات العامة"، والآخر ذو طابع اقتصادى، ويطلق عليه "هيئات القطاع العام وشركاته".

وأخيرا صدر القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام، نص فى المادة الثانية منه على أن "تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات، اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون، ودون حاجة إلى إجراء آخر".

وبذلك حلت الشركات القابضة والشركات التابعة، محل هيئات القطاع العام وشركاته، وبصدور هذا القانون يمكن القول بأن المشروعات الاقتصادية فى مصر تأخذ شكل الشركات القابضة، والشركات التابعة لها.

راجع فى ذلك الدكتورة/ سعاد الشرقاوى، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٦٢.

ماليا لتقديم عطاء فى المشروع، وبعد أن يرسو العطاء على هـذا الاتحـاد المالى يقوم بتكوين شركة المشروع التى تتعاقد معها لتنفيذ المشروع.

ويطلق البعض[١] على الشخص الذى يتعاقد مع الدولة علـى تنفيـذ مشروع الـ "B.O.T." صاحب الامتياز "Promater"، ولكن نظرا لأن كثيرا من عقود البناء والتشغيل والإعادة، لا تشكل فى حقيقتها عقـود امتيـاز أو "التزام" بالمعنى المتعارف عليه فى القانون الإدارى - كما سنبرهن على ذلك فى الباب الثانى من هذا البحث - فإننا لا نحبذ هذه التسمية، ولأن هذا العقد - هو فى حقيقته - من عقود الاستثمار الخاصة فإننا نفضل أن نطلـق علـى المتعاقد مع الحكومة فى هذا العقد "المستثمر".

وهذا المستثمر الخاص يتبلور - بصدد عقود الـ "B.O.T." - فـى شكلين متعاقبين وهما الاتحاد المالى الذى يتقدم بالعطاء، وشركة المشـروع التى تتعاقد مع الجهة الحكومية.

أولا : الاتحاد المالي للمشروع Consortium :

نظرا لأن المشروعات التى يتم التعاقد على تنفيذها وفقا لنظام الـ "B.O.T."، تتطلب رأس مال ضخم بالإضافـة إلـى المعرفـة والخـبرة، والمهارات التنظيمية والإدارية، كما أنها تكون - عادة - مشروعات كبـيرة الحجم ومعقدة فإنها، تتطلب مشاركة عدة شركات تتقدم بالعطاء للتعاقد علـى المشروع، هذه المجموعة هى ما يطلق عليـه الاتحـاد المـالى للمشـروع "Consortium"[٢].

ويعرف البعض[٣] الكونسورتيوم العقدى Contractual Consortium

---

(١) الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: انتشار الاتجاه إلى إقامة المشروعات فى الـدول الناميـة بنظام "B.O.T."، بحث سابق الإشارة إليه، ص ٣.

(٢) الدكتور/ محمد محمد بدران، سابق الإشارة إليه، ص ١٢.

(3) A. H. BOULTON: Consturction consortia. Their formation and management. The Journal of Business La. Stevens & Sons. Limited Londn, 1959, P. 234.

بأنه عبارة عن: المؤسسة التى تخلق عندما تتعاون شركتان أو أكثر على العمل ككيان واحد لغرض معين محدد".

ويتشكل الاتحاد المالى للمشروع من مجموعة من المستثمرين من القطاع الخاص يتخذ عادة - شكل شركات وطنية أو أجنبية متخصصة فى الإنشاءات والتصنيع ويمكن أيضا أن يضم شركات من القطاع الخاص إلى جانب بعض الأطراف الأخرى كالمقاولين، وموردى المعدات، والمواد الخام، وجهات التمويل[١].

الطبيعة القانونية للكونسورتيوم :

اختلف الرأى بشأن الطبيعة القانونية للكونسورتيوم فذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١١/١٧ إلى أن: "اتفاق مجموعة الشركات أو الكونسورتيوم يعتبر شركة فعلية، وذلك على أساس أن المشروعات المجتمعة أو اتفاق الكونسورتيوم قد تم تكوينه لتحقيق هدف مشترك يتمثل فى إنجاز عمل عام، ومن ثم فإن كل مشروع من هذه المشروعات يستخدم إمكانياته المتاحة للوصول إلى النتيجة النهائية، وهذا فضلا عن أن كل مشروع من هذه المشروعات يشارك فى الكسب والخسارة التى يتمخض عنها الاتحاد"[٢].

ويدعم البعض[٣] هذا الاتجاه حيث يرى أن اتفاق الكونسرتيوم قد يعتبر شركة تضامن واقعية أو فعلية، متى توافرت شروط الشركة فيه؛ وذلك لأنه لا يقوم بإجراءات الشهر القانونى، وقد تكون مسئولية الشركاء فيه تجاه

---

[١] راجع فى تفصيل ذلك: الدكتور/ ماجد عمار: النظام القانونى لكونسرتيوم المقاولات، بحث مقدم ضمن مجموعة أبحاث مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة بعنوان "مقاولات الأعمال المدنية"، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٥٨.

[2] Cass Com, 17 Novembre 1970, D. 1971, P. 206.

[٣] الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات، محاضرة ألقيت فى ندوة عقد المقاولة التى عقدها مركز البحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٢، ص ٥.

من تعاقدوا معه من الغير مسئولية تضامنية متى أراد المتعاقدون مع الكونسرتيوم الرجوع على أحد الشركاء منفردا عند الإخلال بالتزامات الآخرين .

بينما يذهب البعض إلى أن الكونسرتيوم يعد شركة محاصة، وإن كان اتفاق الكونسرتيوم قد يتشابه مع شركة المحاصة فإنه لا يتمتع بكيان قانوني مستقل عن أطرافه، إلا أن التأمل في هذا النوع من الاتفاقات يؤكد أنه لا يمكن اعتباره شركة محاصة،؛ لأن جميع الشركاء معروفون للجهة المتعاقدة، ويتعاملون مع الغير كشركاء في عملية واحدة، ويمكن لرب العمل الرجوع عليهم بالتضامن أو على انفراد[١] .

ولذلك نؤيد الرأى القائل بأن الكونسرتيوم يعد شركة فعلية من شركات الواقع تكون مسئولية الشركاء فيها مسئولية تضامنية .

دور الاتحاد المالي للمشروع (الكونسرتيوم) في التعاقد :

يعكف الاتحاد المالى للمشروع على استعراض وتلقى طلبات تقديم العطاءات للمشروع الذى تعرضه الجهة الحكومية للتعاقد وفقا لنظام الـ "B.O.T."، وإعداد دراسة الجدوى، وتقديم عرض التنفيذ .

وقد يقوم اتحاد الشركات - نفسه - باقتراح إقامة المشروع، حيث يقوم مجموعة من المستثمرين، أو شركات المقاولات أو أصحاب المصلحة فى إقامة مشروع معين باقتراح إقامة المشروع على الحكومة والحصول على موافقتها، وإقامة المشروع .

وسواء وقع الاختيار على عرض التنفيذ المقدم من الاتحاد المالى للمشروع فى المناقصة التى تجريها الدولة لتنفيذ المشروع، - كما هو الغالب، أو قبل اقتراحه بإنشاء المشروع، فإن هذا الاتحاد المالى سيكون له هدف أو غرض خاص هو إنشاء شركة تعرف باسم "شركة المشروع، تقوم

---

(١) انظر فى ذلك الأستاذ/ خالد بن محمد العطية: النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٣.

بالتعاقد مع الطرف الآخر، على إنشاء المشروع، وهو ما نبحثه فى الفقرة التالية.

ثانيا : شركة المشروع :

قد تكون مجموعة المستثمرين "Consortium" التى وقع عليها الاختيار للتعاقد على تنفيذ المشروع بنظام "B.O.T." شركة قائمة عند رسو العطاء، وبالتالى تتحدد حقوقها والتزاماتها فى اتفاقية المشروع المبرمة مع الحكومة.

إلا أنه فى كثير من الحالات لا تكون الشركة التى ستتولى تنفيذ المشروع قد أنشئت بعد، عند اختيار الاتحاد المالى الذى سيمول المشروع، ومن ثم فقد جرى العرف على أن يقوم الاتحاد المالى بتأسيس تلك الشركة بعد اختياره للتعاقد على تنفيذ المشروع[١]. وتطبيقا لذلك نص البند التمهيدى من عقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم[٢]، على أن "........ وقد تم التوقيع على اتفاق إطار التعاقد على منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام "B.O.T." بين الهيئة وشركة محمد عبد المحسن الخرافى وأولاده للتجارة العامة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئولية محدودة) فى ١٩٩٧/٨/٢م ملحق رقم (١) ويتضمن هذا الاتفاق وملاحقه تنظيم العلاقة بين الطرفين من جميع جوانبها ووفقا لما ورد بالبند رقم (٥/أ) من موضوع هذا الاتفاق - قامت شركة محمد عبد المحسن الخرافى وأولاده للتجارة العامة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئولية محدودة) بتاريخ ١٩٩٧/٨/٢٧م بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات شركة مساهمة مصرية طبقا لأحكام القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م لتكون

---

(١) راجع تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، الدورة (٢٩) بنيويورك، فى ٢٨ مايو - ١٤ يونيو ١٩٩٦، سابق الإشارة إليه، ص ١٦.

(٢) عقد مطار مرسى علم ملحق بقرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨، الوقائع المصرية، العدد رقم ٢٦٤، تابع فى ١٩٩٨/١١/١٩.

الطرف الثانى فى هذا العقد وملاحقه؛ وصدر بذلك قرار رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة رقم (٣٨١) لسنة ١٩٩٧م بالترخيص بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ٠٠٠ وذلك بهدف إدارة المشروع مدة بقائها طوال فترة الإنشاء والامتياز مضافا إليها خمس سنوات لضمان تسليم المطار وإعادته إلى الدولة بعد نهاية الفترة.

تكوين شركة المشروع :

من الطبيعى أن تتكون شركة المشروع من مجموعة المستثمرين Consortium، والتى يقبل عرضها، ويتم التعاقد معها على تنفيذ المشروع، وهذه المجموعة تتكون - كما أسلفنا - من شركات من القطاع الخاص المحلى أو الأجنبى متخصصة فى التصميم والإنشاء والتوريد، وقد تشارك فيها أيضا شركات من القطاع العام، ويمكن لشركة المشروع أن تضم أطرافا أخرى ترغب فى الدخول فى العقود التى يستلزمها المشروع، وذلك مثل إحدى الشركات الهندسية العملية أو الدولية الكبرى، ومورد أو أكثر من موردى المعدات الأساسية، وشركة ذات خبرة فى تشغيل وصيانة نوع معين من المشروعات، وعادة ما تكون مثل هذه الشركة مستعدة للإقدام على مخاطرة رأسمالية فى المشروع من خلال مساهمات مالية نقدية، وتقديم القوى العامة والجهد والوقت، وجزء من العوائد، لكى تتاح لها الفرصة لأن تكون المقاول أو المورد أو المشغل الرئيسى للمشروع، لذلك يكون تدخل مثل هذه الشركات المتخصصة، ليس فقط للقيام معا بأعباء المشروع، وإنما أيضا لتوزيع مخاطره، كما يجوز أن تضم شركة المشروع مستثمرين غير مباشرين، وذلك مثل شركة مصرفية استثمارية، ومصرف تجارى للعمل كمستشار مالى[1]، أو مؤسسة مالية دولية، أو أية مؤسسات استثمارية أخرى، ومن الممكن أيضا أن تساهم الدولة المتعاقدة بحصة من رأس المال،

---

[1] من المشروعات الكبرى التى ساهمت البنوك فيها فى شركة المشروع: مشروع خط انتقال مطار أورلى وربط باريس بالمطار عن طريق خط صغير من السكك الحديدية، وكذلك مشروع القناة الإنجليزية، راجع:

FAYE LEVIN: Op. Cit., P. 7.

وذلك فى بعض الحالات الخاصة، ففى مشروع شركة الاتصالات التركية ساهمت الحكومة بنسبة ٥٢% من رأسمال المشروع[١].

ولعله من المستحسن - بطبيعة الحال - أن تشتمل شركة المشروع على شريك قوى، يتمتع بعلاقات جيدة مع القطاع الخاص فى الدولة التى ينفذ المشروع على أرضها، ويمكن أن يكون هذا الشريك واحدا من مقاولى الأشغال المدنية، أو مجموعة صناعية أو تجارية أو مالية محلية قوية، إذ أن هذا الشريك المحلى فى وسعه أن يساعد رعاة المشروع فى فهم البيئة المحلية على نحو أفضل، والتعامل مع الدولة المتعاقدة، وحل ما قد ينشأ من منازعات على خير وجه، كما أن الشريك المحلى يستطيع أن يوفر خدمات الدعم المطلوبة أثناء مرحلة تنمية المشروع، وأن يقوم بدور هام فى تدبير رأس المال المحلى، ويعمل كقناة من قنوات نقل التكنولوجيا والتدريب من رعاة المشروع إلى الاقتصاد المحلى[٢].

هؤلاء هم - غالبا - أطراف شركة المشروع، على أنه يجب أن تستوفى هذه الشركة الأركان الموضوعية والشكلية التى يستوجبها القانون[٣].

---

(1) FAYE LIVIN: Op. Cit., P. 9.

(٢) منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "يونيدو"، إرشادات بشأن صياغة ومفاوضات وتعاقدات نظام الـ "B.O.T." نسخة عربية، بدون تاريخ، ص ١٢.

(٣) لكى تقوم الشركة يجب أن تتوافر فى عقد الشركة عدة أركان، قسمها الفقه إلى أركان موضوعية عامة، وأركان موضوعية خاصة، وأركان شكلية، وسنتحدث عن كل نوع من هذه الأركان بإيجاز.

فباستقراء المادة ٥٠٥ مدنى، يتضح لنا، أن الشركة تتكون بموجب عقد، هذا الأخير يجب أن تتوافر له الشروط الموضوعية العامة بالصفة التى يتطلبها القانون فى العقود بوجه عام، وهى الرضا والمحل والسبب والأهلية.

كما يجب أن تتوافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة وهى: ١ - تعدد الشركاء، ٢ - الالتزام بتقديم الحصص فى رأس مال الشركة، ٣ - نية المشاركة ، ٤ - اقتسام الأرباح والخسائر.

-

وليس هناك ما يمنع من الناحية النظرية أن تتخذ شركة المشروع أى شكل من الأشكال التى حددها القانون للشركات - سواء كانت شركة أشخاص (تضامن، توصية بسيطة) أو كان شركة أموال (مساهمة، توصية بالأسهم، أو ذات مسئولية محدودة)، وأيا كان النظام القانونى الخاضعة له، أى سواء كانت خاضعة لقانون الشركات التجارية، أو قانون شركات قطاع الأعمال العام، أو قانون الاستثمار أو أى قانون آخر - إلا أن هناك اعتبارات عملية تجعل من الأفضل أن تتخذ هذه الشركة، شكل شركة مساهمة أو توصية بالأسهم؛ نظرا لأنهما أكثر ملاءمة لغرض شركة المشروع، حيث تتجلى أهمية هذين الشكلين بالنسبة لشركة المشروع - من الناحية العملية - بالنسبة لمشروعات الـ "B.O.T." فى أن القانون المصرى يسمح - فقط - لهذين النوعين من الشركات بإصدار أوراق مالية فى شكل أسهم أو

= راجع فى ذلك: الدكتور/ أبو زيد رضوان: الشركات التجارية فى القانون الكويتى، دار الفكر العربى، ١٩٧٨، ص ٣٥ وما بعدها؛ الدكتور/ على حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربى، ١٩٦٠، ص ٣٤ وما بعدها. الدكتور/ محمد فريد العرينى: الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص ٢٥ وما بعدها. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: مبادئ القانون التجارى، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص ٣٧ وما بعدها. الدكتور أحمد محمد محرز: الشركات التجارية، بدون ناشر، ١٩٩٩، ص ٥٢ وما بعدها. الدكتورة/ سميحة القليوبى: الشركات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٦٣ وما بعدها. وورد فى مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى النص على ضرورة أن يتوافر للشركة كل الأركان العادية للعقد: الرضا والمحل والسبب. وقد أوردت بعض التقنينات كالتقنين الفرنسى م ١٨٣٣، والتقنين الإيطالى م ١٦٩٨، والتقنين الهولندى م ١٦٥٦، التقنين الأسبانى م ١٦٦٦، نصوص خاصة بهذه الأركان. ولكن المشرع لم ير حاجة لإيراد مثل هذه النصوص لأنها ليست إلا تكرارا لا فائدة فيه للقواعد العامة، والشركة كغيرها من العقود تخضع من حيث تنظيم أركانها للمبادئ العامة الواردة فى باب الالتزامات. (الأعمال التحضيرية الجزء الرابع، ص ٣٠٣).

- أما الأركان الشكلية لعقد الشركة، فهى الكتابة، واتخاذ إجراءات الشهر.

انظر: الدكتور/ أبو زيد رضوان: الشركات التجارية فى القانون الكويتى، ص ٧١ وما بعدها. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٤، الدكتور/ حسنى المصرى: شركات الأشخاص، ١٩٨٦، ص ١٦٠.

سندات[١]، ومن ثم يمكن لهذين النوعين زيادة رأس المال عن طريق إصدار أسهم جديدة[٢]، أو الاقتراض من السوق عن طريق إصدار سندات.

كما أنه قد يكون من المناسب، - وربما من الضرورى -، فتح الباب لقبول مساهمين جدد، بعد إبرام اتفاقية المشروع، ولا شك أن إنشاء الشركة عل نمط شركات المساهمة، أو التوصية بالأسهم، سوف يجعل هذه المساهمة ممكنة، حيث تتاح الفرصة للمساهمين الجدد فى زيادة رأس مال الشركة بحصص أسهم جديدة.

وفى بعض الحالات قد ينص الاتفاق المبرم مع الحكومة المضيفة على أن تطرح شركة المشروع أسهما فى بورصة الأوراق المالية فى الدولة حتى يمكن للمساهمين الوطنيين والأجانب تملك بعض أسهم أو حصص الشركة المتعاقدة، وقد تدخل الدولة المتعاقدة - نفسها - كمساهم فى الشركة -[٣].

---

(١) الدكتور/ هانى سرى الدين: البحث سابق الإشارة غليه، ص ١٩٨.

(٢) تنص المادة ١/٣١ من قانون الشركات على أن: "يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية القيمة". وقد استحدث قانون سوق المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ - (نشر بالجريدة الرسمية - العدد رقم ٢٥ مكرر فى ١٩٩١/٦/٢٢) - فى الفقرة الرابعة من المادة الأولى منه حكما جديدا مؤداه: أنه يجوز إصدار أسهم جديدة عند زيادة رأس المال، مغايرة لقيمة الأسهم من الإصدارات السابقة، وتكون للأسهم الجديدة ذات حقوق والتزامات الأسهم للإصدارات السابقة، والأسهم فى شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية، شأنها فى ذلك شأن باقى الصكوك التى تصدرها هذه الشركات، ونصت المادة ١/٣٩ من اللائحة التنفيذية على أن "مع مراعاة الأحكام السابقة يكون السهم قابلا للتداول ولا يجوز النص على عكس ذلك فى نظام الشركة" - راجع فى ذلك بالتفصيل: الدكتورة/ سميحة القليوبى، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٤٢ - ٣٠٦.

(٣) الدكتور/ محمد محمد بدران، البحث سابق الإشارة إليه، ص ١٤.

ويلاحظ - على سبيل المثال - أن الشركة التى تعاقدت معها هيئة كهرباء مصر لإنشاء محطة توليد كهرباء سيدى كرير فى ١٩٨٧/٧/٢٢ قد اتخذت شكل شركة توصية بالأسهم باسم "شركة انترجن سيدى كرير لتوليد الكهرباء"، شركة توصية بالأسهم منشأة وفقا -

ونظرا لأن مشروعات "B.O.T." تتعلق فى الأغلب بمشروعات البنية الأساسية فإنها تتطلب أموالا كثيرة، فيجب أن يكون رأسمال الشركة كافيا لتحقيق غرضها على أن يمثل على الأقل الحد الأدنى اللازم للقيام بالنشاط الذى من أجله تكون المشروع، هذا المبلغ دائما يتجاوز الحد الأدنى اللازم لتأسيس شركة المشروع، ويعرف هذا المبدأ بمبدأ كفاية رأس المال[١].

سلطة إصدار قرار منح امتياز مشروعات الـ "B.O.T." :

نصت الدساتير المصرية المتعاقبة على وسيلة منح الامتياز، وحصرت هذه الوسيلة فى القانون.

فقد نص دستور سنة ١٩٢٣ فى المادة ٣٧ منه على أن "كل التزام موضوعه استغلال موارد الثروة الطبيعية فى البلاد، أو مصلحة من مصالح الجمهور الهامة، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون".

وقد ميز دستور سنة ١٩٥٦ بين الالتزامات التى تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية والمرافق العامة، وبين الالتزامات التى تتضمن احتكارا،

- للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، انظر نص العقد فى جريدة الوقائع المصرية العدد رقم ١٤٨ تابع فى ٧ يوليو ١٩٩٩.

وجاء فى البند التمهيدى لعقد إنشاء وتشغيل مطار مرسى علم – سابق الإشارة إليه، أن الشركة التى وقع عليها الاختيار، قد قامت بتاريخ ١٩٩٧/٨/٢٧ بتأسيس شركة "ايماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات" شركة مساهمة مصرية طبقا لأحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، لتكون الطرف الثانى فى هذا العقد.

(١) ويعرف التمويل عن طريق استخدام الأموال المملوكة لشركة المشروع بأنه "تمويل بالملكية"، فى حين يعرف التمويل عن طريق الديون بأنه "تمويل بالمديونية"، ويشمل التمويل بالملكية الأسهم والأرباح المحجوزة والاحتياطات، فى حين يشمل التمويل بالمديونية السندات والتمويل من البنوك وغيرها من جهات التمويل، وسيكون التمويل عن طريق البنوك موضع بحثنا فى الباب الثالث من هذا البحث.

فنص فى المادة ٩٨ على أن "ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، ونص فى المادة ٩٩ على أن "لا يجوز منح احتكار إلا بقانون ولزمن محدد".

أمـا دسـتور سـنة ١٩٦٤ فلم يفرق بين الالتزامات التى تتضمن احـتكارا، وغـيرها مـن الالتزامات، فنص فى المـادة ٧٤ على أن "ينظم القـانون الإجـراءات الخاصـة بمنح الالتزامات المتعلقـة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة.

أما دستور سنة ١٩٧١ "الحالى"، فقد نص فى المادة ٢٢ منـه على أن "يكـون منح الالتزام بقانون، فى الأحوال التى تتضمن احتكارا قانونيا"، حيث جاء هذا النص مطابقا لنص المادة ٧٤ من دستور سنة ١٩٦٤.

وبـناء علـى ذلك يكون منح التزام المرافق العامة بقرار من رئيس الجمهوريـة بعـد موافقة مجلس الشعب؛ وذلك تطبيقا للقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ المعـدل لقـانون التزام المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث تـنص المـادة الأولى منه على أن "يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار مـوارد الـثروة الطبيعـية والمرافق العامـة، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز تتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتـاوة "العـائدات" بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة، ويكون ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص".

وغنى عن البيان أن منح الامتياز بواسطة السلطة التشريعية وإن كان يحقـق الـرقابة المـرجوة منه، إلا أنه مما لا شك فيه أنه يؤدى إلى تعطيل الإجراءات بشكل كبير؛ إذ قد يثير مناقشات ومشكلات سياسية أبعد ما تكون عن المصلحة الاقتصادية والاجتماعية والفنية لهذه المشروعات، وطول هذه الإجـراءات يؤثـر فى جدية المشروعات المطروحة من الدولة، ويؤدى إلى

تعطيل طرح المشروعات التى تحتاج إليها الدولة وفقا لخطتها التنموية؛ لذلك صدرت عدة قوانين خاصة فى قطاعات اقتصادية معينة، تهدف فى مجملها إلى الاستثناء من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتخفيف من غلوائه، وتفادى عيوبه وإزالة القيود الواردة به، ومن هذه القوانين:

- القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر.
- القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة.
- القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح الالتزامات العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول.
- القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ فى شأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية.

وجميع هذه القوانين نصت على أن يصدر بمنح الامتياز وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديله قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص[1].

---

[1] ومن القرارات التى صدرت تطبيقا لهذه القوانين:

- قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار (مرسى علم) بنظام "B.O.T." إلى شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات (شركة مساهمة مصرية).
- قرار مجلس الوزراء رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار (العلمين) بنظام "B.O.T." لشركة كاتو للاستثمار العقارى (شركة مساهمة مصرية).
- قرار مجلس الوزراء رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال مطار "رأس سدر" بنظام "B.O.T." لشركة دلتا حلف (شركة مساهمة مصرية).
- قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ لمنح التزام إنشاء وتشغيل وصيانة وإعادة محطة "سيدى كرير" البخارية لتوليد الكهرباء بنظام "B.O.T." لشركة (أنترجن سيدى كرير)، لتوليد الكهرباء، شركة توصية بالأسهم مصرية.

وهذا الاتجاه يعتبر أكثر ملاءمة مع عقود الـ "B.O.T." التى تتطلب تيسيرا فى الإجراءات واختصارا للوقت.

وينتقد البعض هذا الاتجاه على أساس أن الأمر يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة فى هذا الشأن، وهى تقضى أن يتم منح هذا الامتياز بقانون، أو بناء على قانون؛ ولأن هذه القرارات تمس الشعب، فلابد أن يؤخذ فيها رأى الشعب[١].

بينما يرى البعض - بحق - أن الاتجاه الجديد هو أكثر مرونة؛ إذ من شأنه توفير الكثير من الوقت والنفقات، ويحقق المزيد من الشفافية[٢].

ونرى أن المشرع فى هذا الاتجاه أراد أن يحرر الحكومة من أساليب القانون العام التى لا تتماشى مع الاتجاه الحديث لدول العالم من التنافس على جذب الاستثمارات الأجنبية، وتوفير فرص الاستثمار والتنمية، وإن لم ينص على ذلك صراحة، وقد كان الأولى به النص على التعاقد صراحة، بدلا من عبارة (منح الالتزام)، خصوصا أن وسائل الرقابة متوافرة سواء الشعبية منها أو النيابية، أو الأجهزة الرقابية المتخصصة، كما أن العقد يجب أن تتوافر له شروط الانعقاد التى سوف نحددها فى الفصل التالى.

---

(١) الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٤٦. الدكتوره/ أمل نجاح البشبيشى: نظام البناء والتشغيل والتحويل "B.O.T."، هل هناك حاجة إلى بديل؟ بحث منشور بمجلة بحوث اقتصادية عربية، السنة الحادية عشر، العدد الثامن والعشرين، صيف ٢٠٠٣، ص ٨٩.

(٢) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، كتاب الأهرام الاقتصادى، العدد ١٧٧، سبتمبر ٢٠٠٢، ص ١٤٤.

المبحث الثانى

المحل فى عقد الـ "B.O.T."

يعــرف المحــل فى الفقه بأنه: الأمر الذى يلزم المدين القيــام بــه سواء أكان إعطاء "نقل الملكية"، أو عملا أو امتناعا[١].

ويشترط فى محل الالتزام أن يكــون موجودا وممكنا، وأن يكــون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون قابلا للتعامل فيه؛ وذلــك تطبيقــا للقواعــد العامة، ولا يختلف عقد الــ "B.O.T." فى ذلك عن سائر العقود.

ومحل الالتزام فى عقد الــ "B.O.T." مزدوج فــهو بالنســبة إلــى التزامات شركة المشروع العمل المتعاقد على تأديته أى المشروع المتعــاقد على إنشائه أو الخدمة المتعاقد على أدائها للجمهور، أما بالنسبة إلى الجهــة الحكومية المتعاقدة أو الجهة المالكة للمشروع - أصلا - فهو تمكين شــركة المشروع من تشغيل المشروع واستغلاله طوال مدة العقد.

تحديد وتعريف المشروع محل عقد الـ "B.O.T." :

فى البداية يجب التعريف بالحاجة الأساسية إلى مشروع مــا، ومــدة ومدى إمكانية وميزة القيام بتنفيذ هذا المشروع بنظام الــ "B.O.T."، وعــادة ما تقوم الحكومة، أو إحدى المؤسسات الممثلة لها - بتحديد هذه الاحتياجــات فى إطار عملياتها التخطيطية، وتقدر السلطات المخططة فى الدولة الحاجــة إلى كل مشروع من المشروعات، بتقدير الطلب على خدمات البنية الأساسية،

---

[١] الدكتور/ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول: مصــادر الالــتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢٠٥. الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشــارة إليــه، ص ١١٢. الدكتور/ أنور سلطان، سابق الإشارة إليه، ص ٢٠٧. الدكتور/ عبد الفتاح عبد البـاقى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٠٧. الدكتور/ حسام الدين الأهوانى، ســابق الإشــارة لإليــه، ص ١٩٧.

مثل مشروعات الطاقة والمياه والطرق والمطارات والموانئ ٠٠٠ وغيرها من الخدمات الهامة للتنمية الاقتصادية فى الدولة، ثم تحديد نسبة العجز المتوقعة فى خدمات كل مرفق من هذه المرافق، وتحديد الأولويات بالنسبة للحاجة منها، ووفقا لذلك يمكن تحديد الحاجات الأولى بالتنفيذ، وبعد أن يتم تحديد المشروع ينبغى أن ينصب تفكير الحكومة على مدى إمكانية تلبية حاجات مثل هذا المشروع باستخدام وسيلة تمويل أخرى غير نظام الـ "B.O.T."، فإذا وجدت أن تلك الوسائل غير مناسبة لتلبية تلك الحاجات، أمكنها تقرير تنفيذ المشروع بنظام الـ "B.O.T."، وعادة ما تكون الهيئة القائمة على تلبية احتياجات مرفق معين "كالكهرباء" - مثلا - هى أول من يقوم بتعريف المشروع، ويتقدم بفكرته إلى الحكومة[١].

فعلى سبيل المثال عرضت "هيئة كهرباء مصر" - بتاريخ ١٩٩٤/٧/٢٧ - مذكرة على السيد/ رئيس الوزراء، بطلب الموافقة - من حيث المبدأ، على مشاركة القطاع الخاص المحلى والأجنبى، فى بناء محطات التوليد، وبيع الكهرباء لهيئة كهرباء مصر، وذلك طبقا للاحتياجات فى قطاع الكهرباء٠

ومن ناحية أخرى، قد تأتى الفكرة من المستثمر الذى يعرض فكرة إقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية على الحكومة، ويبدى استعداده لتمويله وفقا لنظام الـ "B.O.T."[٢].

والغالب أن يصدر بتحديد مجالات مشروعات الـ "B.O.T." قانون من السلطة التشريعية المختصة، بحيث لا تترك هذه المجالات لتقدير السلطة التنفيذية، أو لرغبات مؤسسات التمويل، دونما ارتباط بالسياسة

---

[١] انظر:

UNIDO B.O.T.. GUIDELINES, Op. Cit., P. 21.

[٢] راجع: معتز كامل مرسى: تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام "B.O.T."، سابق الإشارة إليه، ص ٢.

العامة للتنمية، وعلى الحكومة أن تحدد المبادئ الأساسية التى ينبغى أخذها فى الحسبان عندما تعتزم الجهات الحكومية اتخاذ ترتيبات مشروعات الـ "B.O.T."، والدخول فى مفاوضات بشأنها[١].

وفى مصر أنشئت لجنة وزارية خاصة - فى مجلس الوزراء المصرى لتنظيم المشروعات القومية، والمحلية بنظام "B.O.T."، وذلك بقرار مجلس الوزراء رقم ٦٩٥ لسنة ٢٠٠١[٢].

وتضم هذه اللجنة ستة من الوزراء هم، وزراء الإسكان، والكهرباء، والنقل، والاتصالات، والمعلومات، والتخطيط، والتعاون الدولى، والمالية، وقد حددت المادة الثانية من القرار مهمة اللجنة فى التنسيق والرقابة بشأن إسناد المشروعات القومية والمحلية بنظام "B.O.T."، وفقا للضوابط الآتية:

١ - تعد كل وزارة بيانا بالمشروعات التى تحتاج إليها لتحقيق تنمية القطاع المسئولة عنه خلال السنوات العشر القادمة.

٢ - تقدم دراسة جدوى اقتصادية للمشروع قبل عرضه على اللجنة يحدد فيها موقع المشروع، وتوافر الأرض والمرافق التى تخدمه.

٣ - تحدد مقترحات الوزارة بالنسبة لملكية المشروع، وما إذا كان يترك للقطاع الخاص أو القطاع العام.

٤ - يحدد للمشروع أنسب طرق التمويل، سواء أكانت قروضا داخلية أم خارجية، وقيمة كل منها.

---

(١) وفى مصر تسرى أحكام قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على جميع الشركات التى تزاول نشاطها فى المجالات المحددة فى المادة الأولى من ذلك القانون، ومن بينها كثير من المجالات يمكن مزاولتها بنظام "B.O.T."، كما يجوز لمجلس الوزراء إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد، وسوف يأتى الحديث عن ذلك فى الباب الثالث من البحث.

(٢) صدر برئاسة مجلس الوزراء فى ٢٦ من مايو سنة ٢٠٠١، الوقائع المصرية، العدد ١٢٢، فى ٢٠٠١/٦/٢.

٥ – فى حالة اقتراح نظام الـــــ "B.O.T."، أو نظـــام ألـــ "B.O.O.T."، للمشروع فيتعين أن يرفق بدراسة المشروع التحويلات السنوية للملـــتزم طوال مدة الالتزام، ومصادر الحصول على النقد الأجنبى.

٦ – تكون الأولوية لتنفيذ المشروعات بنظام الـــ "B.O.T."، فى حالة مـــا إذا كانت التدفقات الصافية للمكلف أقل من أقساط القروض والفوائد فى حالة التمويل من خلال الاقتراض.

٧ – تعد اللجنة توجيهاتها بأنسب مصادر التمويل قبـــل طـــرح المشـــروع والإعلان عنه، ودعوة الأطراف للمشاركة.

المبحث الثالث

السبب فى عقد الـ "B.O.T."

طبقا للقواعد العامة لابد أن يكون للالتزام العقدى سبب، ولا جديد يمكن إضافته بالنسبة لعقد الـ "B.O.T."، فيتعين أن يكون له سبب والسبب هو: الباعث الدافع إلى التعاقد[1]، وتنص المادة ١٣٦ مدنى على أن "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب، كان العقد باطلا".

ومن هذا النص يتبين أن القانون المصرى يتطلب شرطين فى السبب أولهما: أن يكون موجودا، والثانى: أن يكون مشروعا.

ومعنى وجود السبب توافر الغرض المباشر الذى يقصد إليه الملتزم والذى لا يتغير فى النوع الواحد من العقود، ويكون سبب الالتزام غير موجود إذا تم التعاقد والمتعاقدان يعلمان بعدم وجود السبب، أو كان السبب صوريا صورية مطلقة.

أما عن مشروعية السبب فيقصد به ألا يكون سبب الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب، فإذا لم يكن سبب الالتزام مشروعا على هذا النحو كان العقد باطلا[2].

وفى إطار عقود الـ "B.O.T." يجب أن يكون سببه السعى إلى تحقيق الغاية التى يكون انعقاد العقد من أجلها، ويجب أن يكون سبب العقد مشروعا، بأن يكون الغرض من العقد عدم الإضرار بالمجتمع، كأن يكون الغرض من العقد إنتاج سلعة رديئة تضر بصحة مستخدمى هذه السلعة، ولكن إذا كان يترتب على تنفيذ عقد الـ "B.O.T." آثار ضارة بالبيئة

---

(١) الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٠. الدكتور/ أنور سلطان، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٠. الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٨؛ وما بعدها. الدكتور/ حسام الأهوانى، سابق الإشارة إليه، ص ٢١٦.

(٢) الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٣١، ١٣٢.

كإحداث تلوث أو غير ذلك، فلا يعتبر ذلك متعلقا بسبب الالتزام، والأساس في ذلك أن السبب من أركان العقد، وليس من شروط صحته أو آثاره. وإن كان يترتب على العقد أحداث تلوث بيئي معين، فمن الممكن تلافي ذلك عن طريق إدخال تحسينات على طريقة الإنتاج بحيث لا يحدث هذا التلوث[١].

وننتهي مما سبق إلى أن للعقود، بوجه عام، ثلاثة أركان، هي الرضاء والمحل والسبب، وإلى جانبها يوجد في نوع خاص واستثنائي ينتظم العقود الشكلية، ركن رابع، وهو الشكل.

والجزاء الذي يقرره القانون على عدم مراعاة ما تفرضه أحكامه بشأن تكوين العقد بالنسبة إلى أركانه وإلى صحة الرضاء هو البطلان.

والبطلان Nullité نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد، أو التصرف القانوني بوجه عام، غير قائم وأنه لم يقم أبدا، وذلك بسبب اختلال تكوينه، فالتصرف الباطل يعتبر أنه لم يقم، نتيجة عدم توافر أحد أركانه أو اختلال هذا الركن اختلالا أدى إلى انهياره، وهكذا فالبطلان يؤدي إلى إعدام التصرف، وهو يؤدي إلى إعدامه بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه[٢].

---

(١) الدكتور/ رضا عبيد: النظرية العامة للالتزامات التجارية في قانون التجارة الجديد، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، في ٢٠٠٠/٦/٢،١، ص ١٠.

(٢) راجع في ذلك: الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي، سابق الإشارة إليه، ص ٤٦٣ وما بعدها. الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٦ وما بعدها.

الباب الثانى

الطبيعة القانونية لعقد الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

يثير تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـ "B.O.T." مشاكل كثيرة، حيث أنه عقد حديث نسبيا - على الأنظمة القانونية - ولم يتناوله المشرع بالتنظيم، لذلك كان على الفقه أن يجتهد لتحديد التكييف القانونى للعقد إلى العقد برده إلى نظام قانونى يحكمه ويحدد التزامات أطرافه.

كما أن دخول الدولة كطرف متعاقد فى عقود الـ "B.O.T." جعل بعض فقه القانون العام يقول بضم عقد الـ "B.O.T." إلى العقود الإدارية على الرغم مما هو ثابت من أن الإدارة فى مباشرتها لنشاطها المتعلق بإشباع الحاجات العامة تلجأ إلى وسائل مختلفة للوصول إلى أهدافها، منها إبرام عقود مع الأفراد أو الشركات لأداء أعمال أو توريد أشياء، أو لإدارة المرافق العامة ذاتها، أو لإشباع غير ذلك من احتياجات الإدارة. وهى إذ تسلك هذا السبيل قد تبقى فى دائرة القانون الخاص فتكون عقودها مدنية. وقد تأخذ بأساليب القانون العام وامتيازاته، وعندئذ تكون العقود التى تبرمها عقودا إدارية تخضع لنظام قانونى يختلف عن النظام الذى تخضع له العقود المدنية.

وللتمييز بين عقود الدولة المدنية وعقودها الإدارية أهمية كبرى، إذ يترتب على هذا التمييز تحديد مضمون الالتزامات التى تنشأ عن هذه العقود والقواعد القانونية التى تحكمها سواء أكانت قواعد القانون الخاص أو قواعد القانون العام. كما يترتب على هذا التمييز تعيين الجهة القضائية التى تختص بنظر ما يثور حول العقد من منازعات، فيفصل فيها القاضى الإدارى، إذا نشأت عن أحد العقود الإدارية، ويختص بها القضاء العادى إذا كان الأمر متعلقا بعقد من العقود المدنية.

لذلك كان علينا فى إطار تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـ "B.O.T." أن نقوم ببحث القواعد القانونية التى تحكمه، وأن نحدد التكييف القانونى

الصحيح له ، والقانون الواجب التطبيــق عليه، وإذا كان الأمر كذلك فيقســم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: القواعد الدستورية والقانونية التى تحكم عقود الـ "B.O.T." •

الفصل الثانى: التكييف القانونى لعقد الـ "B.O.T." •

الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق علــى عقــود الـــ "B.O.T." ذات العنصر الدولى والاختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشـئة عنه •

الفصل الأول

القواعد الدستورية والقانونية المنظمة لعقود الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

يزدهر الاعتماد على نظام الـ "B.O.T." في ظل وجود قاعدة سياسية مستقرة تهيئ مناخا قانونيا مناسبا لقيام القطاع الخاص باستثمارات على المدى الطويل، مع توخي العدالة والموضوعية، ولابد من وجود قانون خاص يحكم هذا النظام، طالما استقر الأمر على اتباعه - بدلا من الاستثناءات من القانون الخاص بمنح امتيازات المرافق العامة، فبعض الدول مثل الفلبين، وتركيا، وفيتنام، والصين، وباكستان قامت بسن قوانين تنظم هذا النظام[١]، وهناك عدة فوائد لوضع قوانين خاصة بهذا النظام، منها:

- أنها تساعد المستثمرين الأجانب في التعرف بسهولة ويسر على الشروط القانونية الأساسية لهذه المشروعات.
- أنها توضح مدى وعي الحكومة والتزامها بتطوير مشروعات "B.O.T."، كما توضح أهمية تلك المشروعات وتؤكد على ضرورة أن تحصل على كل الدعم والمساندة اللازمة من الهيئات الحكومية المعنية.
- أن من شأن هذا القانون أيضا إيجاد تنظيم شامل يحكم تعاقدات هذه المشروعات، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، وعلاقة الدولة بها، ودور القطاع الخاص المحلي والأجنبي فيها، ومستوى ما تقدمه للمستهلكين من خدمات، وطرق تمويلها الداخلية والخارجية ومصادر

---

(١) انظر:

Samir M. Hamza, Privatization and B.O.O.T. Projects in Utility Sectors in Egypt, Euromoney Conference, The Arab Financial Forum, September 11-12-2001, Semiramis Inter – Continental, Cairo, Egypt, PP. 2 – 13.

التمويل، ونقل وتوطين وتطوير التكنولوجيا فى المشروع[١] ... إلــى غير ذلك.

ومع اتجاه الدولة إلى النظام الاقتصادى الحر، وأعمال آليات السوق، وإعطاء الدور الأكبر فى النشاط الاقتصادى للقطاع الخاص. انتشرت عقــود ألــ "B.O.T." كأسلوب لتمويل إنشاء المشروعات العامة، لذلك كــان مــن الطبيعى أن تضع له الدولة القواعد التى تنظمه. ومع ذلك فإنــه لا يوجـد تشريع شامل ينظم استثمارات القطاع الخاص فى المشروعات الاقتصاديــة العامة فى إطار نظام الــ "B.O.T."، بل هناك عدد من التشريعات التى تنظم طريقة منح الالتزام ومدته فى بعض المجالات، لذلك ذهب فقه القانون العــام إلى أن القانون الواجب التطبيق على عقود ألــ "B.O.T." هو القانون رقــم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن التزامات المرافق العامة، فى المجالات التــى لا ينظمها قانون خاص.

على أن تلك التشريعات الخاصة ببعض مجالات الاســتثمار بنظــام "B.O.T."، إنما تقتصر على توضيح وسيلة منح الامتيــاز، ومدتــه، بينمــا تقصر عن تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، وبيان حقوق كل منهما والتزاماتــه، لذلك فلا مناص من الرجوع بشأن هذه المسائل المهمة إلى القواعد العامة فى العقود فى القانون المدنى أو القانون التجارى أو القــانون العــام، بحســب التكييف الذى يعطى للعقد.

ويجب أن ننبه إلى أن عقد الــ "B.O.T." إذا أبــرم بيــن طرفيــن كلاهما من القطاع الخاص، فلا شأن له بالقواعد التى تنظم عقــود الدولــة، وكيفية منح الامتياز، وإنما تخضع للقانون الخاص، ومبدأ أن العقد شــريعة المتعاقدين، والقواعد المنظمة للالتزامات التعاقدية فــى القــانون المدنــى أو القانون التجارى، بحسب التكييف الذى يعطى للعقد.

---

[١] راجع: الدكتورة/ أمل نجاح البشبيشى: نظام البناء – التشغيل – التحويل، هل هنــاك حاجــة لبديل؟...، بحث منشور بمجلة: بحوث اقتصادية عربية، السنة الحادية عشرة، العدد الثــامن والعشرين، ٢٠٠٢، ص ١٠٠.

وإذا أردنا بحث القواعد التى تنظم عقود الـــ "B.O.T."، فلابـد أن نبحث فى مدى ملائمة القواعد الدستورية لهذا النظـــام، ثـم فـــى القواعـد التشريعية التى تحكم عقود هذا النظام، ثم فى القواعد العامة فى العقود التـــى تنظم علاقات هذا العقد فى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: القواعد الدستورية لنظام الـ "B.O.T."•

المبحث الثانى: القواعد التشريعية المنظمة لعقود الـ "B.O.T."•

المبحث الثالث: القواعد العامة فى القانون التى تنظم علاقـــات عقـد الـــ "B.O.T."•

المبحث الأول

القواعد الدستورية لنظام الـ "B.O.T."

يدق البحث فى الأساس الدستورى لعقود الـ "B.O.T." فى ظل الدستور المصرى، ذلك أن هذه العقود تنبع من فلسفة تحرر الاقتصاد من الملكية العامة القائمة على التخطيط المركزى والملكية العامة لأدوات ووسائل الإنتاج، والتحول إلى اقتصاد السوق الحر، وهذا ما يبدو لأول وهلة مخالفا للدستور المصرى، المتأثر بالفكر الاشتراكى[١].

وكنا قد ذكرنا فى الفصل التمهيدى أن نظام الـ "B.O.T." قد عاد إلى الانتشار فى ظل الاتجاه إلى التخصيصية والتى تعنى أن يكون للقطاع الخاص دورا رائدا فى عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، يجب أن يضطلع به، حتى تتفرغ الدولة إلى أداء دورها فى تحقيق العدالة الاجتماعية، وتقديم الخدمات، وقد استتبعت هذه السياسة أن لجأت الدولة إلى طرح العديد من مشروعاتها فى مجال البنية الأساسية للقطاع الخاص، ووجدت أن أفضل طريقة لتمويل هذه المشروعات هى طريقة الـ "B.O.T." لما توفره من تمويل دون أعباء على ميزانية الدولة أو لجوء إلى الاقتراض الخارجى.

فإن كنا قد وجدنا فى هذه الدراسة ارتباطا بين نظام الـ "B.O.T." وعملية التخصيصية فلابد من البحث عن أساس دستورى للتخصيصية، أى ما هو مدى دستورية عملية التخصيصية؟، وما هو مدى دستورية إسناد إنشاء وإدارة المشروعات العامة للقطاع الخاص؟

وربما يبدو للوهلة الأولى: أن التخصيصية تتنافر مع الدستور المصرى (الحالى) الصادر عام ١٩٧١، الذى حفلت الكثير من مواده بالتأكيد

---

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من الدستور المصرى، الصادر فى ١١ من سبتمبر ١٩٧١ على أن "جمهورية مصر العربية، دولة نظامها اشتراكى ديمقراطى يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة"، وتنص المادة (٤) على أن "الأساس الاقتصادى لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكى القائم على الكفاية والعدل".

على حماية الملكية العامة، وسيطرة الشعب على وسائل الإنتاج، ومن ذلـــك المادة (٢٤) التى تنص على أن "يسيطر الشعب على كــل أدوات الإنتـــاج، وعلى توجيه فائضها وفقا لخطة التنمية التى تضعها الدولة"[١]. والمادة (٣٠) التى نصت على أن "الملكية العامة هى ملكية الشعب، ويتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام".

ومن الواضح أن هذه النصوص، وغيرها التى احتواهـــا الدستور المصرى تفرض نظاما اشتراكيا ينهض فيه القطاع العام بالدور الرائد فـــى قيادة هذا النظام لذلك رأى البعض[٢] أن الاتجاه إلى السوق الحر وخصخصة القطاع العام تتم فى مصر دون إطار دستورى ينظم هذا التحول.

ومـــن ناحية أخـــرى رأى البعـض[٣] أن الدســتور لـم يحظـر التخصيصية بنص صريح، ومن ثم فإن القاعدة العامة أن كل ما لم يحظـــره القانون جائز، وبالتالى فإن الأخذ بالتخصيصية، لا يخالف الدستور، مـادام لا يؤدى إلى الإخلال بالمبادئ الاقتصادية فى الدستور.

---

(١) ترى الأستاذة الدكتورة/ سعاد الشرقاوى أن هذا النص مأخوذ من الدساتير الماركسية التـــى سقطت جميعها باستثناء دستور الصين ودستور كوريا، ومن الأفضل أن يمتلك كـل مواطـن ملكية خاصة من أرض أو رأس مال أو عقار إلى جانب امتلاكه قوة العمل التى هـــى أحـد عناصر الإنتاج ومحركه، وهذا هو الاتجاه الآن فى روسيا الاتحادية. انظر مؤلف ســيادتها: تحرير الاقتصاد ودستور سنة ١٩٧١، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٣٧.

(٢) الدكتورة/ سعاد الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٣٨، حيث تقـول ســيادتها: "أن الدســتور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ غير ملائم للأوضاع الاقتصادية الجديدة، ولا يستجيب لمتطلبات الإصلاح الاقتصادى والاتجاه نحو تحرير الاقتصاد وإعمال آليات السوق".

أيضا: الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، سابق الإشارة إليه، ص ٦٨، ٦٩. الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٦. المستشار/ حسن أحمـد عمر: اقتصاد مصر بين الخصخصة والتراكم الرأسمالى، مقال بمجلة الأهـــرام الاقتصـــادى، العدد ١٢٧٥، فى ٢١ يونيو ١٩٩٣، ص ٣٨ - ٤٠.

(٣) الدكتور/ محمد محمد عبد اللطيف: النظام الدستورى للخصخصة، دار النهضـــة العربيـــة، ٢٠٠٠، ص ٢٧.

واستنادا إلى ذلك لا يتضمن الدستور المصرى أى مانع يحـول دون تشجيع القطاع الخاص على المشاركة فى التنمية أو إقامـــة المشـروعات العامة فى المرافق ذات المنفعة العامة كمرافق الطــرق، والاتصــالات، أو الموانى، أو المطارات، أو الكهرباء، أو غيرهــا، فالدسـتور المصـرى لا يتضمن ما يحول دون خصخصة هذه المرافق[١]، فالدستور المصرى يعترف بحرمة الملكية الخاصة، وجاء النص عليها فى المــادة ٣٤ منــه، علــى أن "الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحــوال المبينة فى القانون، وبحكم قضائى"، كما يحظر الدستور بنص المادة ٣٥ منه نزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض.

والحقيقة أن تعارض المواقف حول موقف الدستور المصــرى مــن الاتجاه إلى اقتصاد السوق، إنما ينبع من جمود الدستور المصــرى، وعــدم مرونته وعدم استجابته للتطورات التى تلحق بالمجتمع، ذلك أن هذا الدسـتور قد وضع عام ١٩٧١ فى ظل ازدهار الفلسفة الاشتراكية الأمر الــذى جعــل بعض مواده تحفل بمظاهر إعلاء هذه الفلسفة، أما الآن وقد انهارت النظـــم القائمة على التخطيط الاقتصادى المركــزى، وهــى دول أوربــا الشـرقية والاتحاد السوفيتى (سابقا)، وفرضت ضرورة السوق نفسها على معظـم دول العالم، ورأت تلك الدول نفسها تسير بقوة نحو السوق الحر، والسـعى نحـو جذب استثمارات القطاع الخاص إليها، فإن بعض الباحثين فى مــدى تقبـل النظام القانونى فى مصر لفكرة التخصيصية من عدمه، سيجدون أنفسهم فــى حيرة عندما يقرأون النصوص التى تركز على حماية الملكية العامة وسيطرة الشعب على وسائل الإنتاج (المواد ٢٤، ٣٠، ٣٣، ٥٩)، ويوازنــون بينــها وبين المادة (٣٤) من الدستور[٢].

---

[١] الدكتور/ بهجت قايد: إقامة المشروعات الاقتصادية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكيـة، سابق الإشارة إليه، ص ٢١. الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: النظام القــانونى والتعــاقدى لنظام البناء والتملك والتشغيل، ونقل الملكية "B.O.O.T". كتاب الأهرام الاقتصادى، العـدد ١٧٧، أول سبتمبر ٢٠٠٢، ص ١٣٠.

[٢] وعلى العكس من ذلك فإن النظام القانونى للتخصيصية فى دولــة متحــررة اقتصاديــا لــه خصوصيته الواضحة حين يتميز الدستور بالمرونة التى تتقبل فكرة التخصيصية، فعلى -

لذلك يرى البعض بحق أن تحرير الاقتصاد ومتطلباتـه الدستورية والقانونية، وضرورة توفير قواعد قانونية، ودستورية، تتيح لأكبر عدد من المواطنين المساهمة فى سوق الاقتصاد، يدعو إلى ضرورة إدخال تعديلات جوهرية وأساسية على نصوص الدستور، وإضافة نصوص جديدة توفر الأرضية القانونية الدستورية لاقتصاد السوق الحر[١].

ولعله من أجل ذلك لجأت المحكمة الدستورية العليا إلى تفسير واسع للدستور، يتجاوب مع تطورات الظروف الاجتماعية والاقتصادية حينما طعن - البعض - أمامها بعدم دستورية قانون قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ لمجافاته للنظام القانوني السائد، ولمجافاة أغراض هذا القانون للدستور وعلى الأخص المادة ٣٠ منه، وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم مجافاة القانون المطعون فيه للدستور، ويلاحظ أن المحكمة قد حاولت تفسير الدستور فى نصوصه التى قد يعتبرها البعض معارضة للتخصيصية تفسيرا اقتصاديا يهدف إلى الملائمة بين مبادئ الدستور، ومقاصدها، وفقا للتطورات الاقتصادية المعاصرة من هنا أوردت المحكمة ابتداء[٢] "إن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا

- سبيل المثال وضع الدستور الكويتى مبدأ أساسيا يعد مدخلا جوهريا إلى فكرة التخصيصية للمشروعات العامة، وذلك هو مبدأ حرية التجارة والتداول الاقتصادى، ويؤخذ هذا المبدأ من مجموع المواد ١٦، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢٤، ٤٩ من الدستور الكويتى، فالمادة ١٦ منه تنص على أن "الملكية، ورأس المال، والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعى، وللثروة الوطنية، وهى جميعا حقوق فردية، ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون". والمادة ١٨ تنص على أن "الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف فى ملكه إلا فى حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة، فى الأحوال المبينة فى القانون، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا". راجع الدكتور/ محمد عبد المحسن المقاطع: الأسس الدستورية لخصخصة المشروعات العامة، ورقابة الدولة عليها، بحث منشور بمجلة (المحامى) الكويتية، عدد يوليو، وأغسطس، وسبتمبر سنة ١٩٩٨، ص ٣.

(١) الدكتورة/ سعاد الشرقاوى: تحرير الاقتصاد ودستور سنة ١٩٧١، ص ٥٠.

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١ فبراير ١٩٩٧، القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق، الجريدة الرسمية عدد رقم ٧ تابع فى ٢٠٠٣/٢/١٣.

نهائيا، ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فـــلا يكــون تبنيــها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء، إلا حرثا فى البحر، بـــل يتعيــن فهمها فى ضوء قيم أعلـــى غايتــها تحريــر الوطــن والمواطــن سياســيا واقتصاديا"٠

وفى التأكيد على أهمية دور القطاع الخاص فى التنمية الاقتصاديــة، وعلى ضرورة حماية الملكية الخاصة، تقول المحكمـــة الدســتورية العليــا: "الاستثمار بمختلف صوره، ليس إلا أموالا تتدفق، وسواء عبأتها الدولــة، أو كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل فيما بينها، ويعتبر تجميعها لازما لبنـــاء قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق، ولا يكون التفريط فيها إلا ترفا ونكولا عن قيم يدعو إليها التطور، ويتطلبها، وما تنص عليه المادة (٢٩) من الدستور مـــن أشكال الملكية، تتقدمها الملكية العامة، وتقوم إلى جانبها الملكيـــة التعاونيــة، والملكية الخاصة، ليس إلا توزيعا للأدوار فيما بينها، لا يحول دون تساندها، وخضوعها جميعا إلى رقابة الشعب"[١]٠

وقد انتقد البعض[٢] قضاء المحكمة الدستورية العليـــا – ســـالف الذكر – بأنه لا يفهم إلا فى إطار حرص المحكمة على تجنب التصادم مـــع النظام السياسى، ويظهر ذلك فى تطوع المحكمة لتجاوز حـــدود الدعــوى، وإثبات رأيها فى مدى اتفاق التحول الاقتصادى مـــع نصــوص الدســتور والمفاضلة بين هذا النظام وذلــك٠ ولبلــوغ هدفــها فــى تــبرير سياســة الخصخصة، وإثبات توافقها مع نصوص الدستور فسرت المحكمة النصوص الدستورية وفقا لمذهب تطـــور التفســير بتطــور الظــروف الاجتماعيــة والاقتصادية" وهو منهج معيب من حيث إنه – فى حقيقته – يعتـــبر تعديــلا لنصوص الدستور، فهو لا يقتصر على التفسير بل يتعداه إلى خلـــق قواعــد قانونية جديدة تخالف ما يثبته النص٠

---

(١) الحكم سالف الذكر٠

(٢) الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، سابق الإشارة إليه، ص ٧٣ – ٧٥.

ونعتقد أنه كان من الأصوب تعديل الدستور المصرى ليتلاءم مع معطيات العصر، وتوجهات الدولة والاقتصاد، ومنعا للتعارض عند التساؤل عن مدى تقبل أو تعارض الدستور المصرى مع فكر التخصيصية، أما إن كان علينا أن نجيب عن هذا التساؤل فإننا مع القائلين بتقبل الدستور المصري لفكرة التخصيصية، وعدم تعارض القواعد العامة فى الدستور المصرى مع تشجيع القطاع الخاص على المشاركة فى التنمية أو فى إقامة المشروعات الاقتصادية فى البنية الأساسية أو غيرها، ومن هنا نخلص إلى أن إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام الـ "B.O.T." لا يتعارض مع قواعد الدستور المصرى الذى يسمح بكافة أشكال مشاركة القطاع الخاص فى المشروعات الاقتصادية العامة، وذلك على النحو الذى تحدده القواعد القانونية التى سنتحدث عنها فى المبحث التالى.

المبحث الثانى

القواعد التشريعية المنظمة لعقود الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

علـى الرغم من أن عقد الـ "B.O.T." يختلف بشكل واضح عـن عقود امتيـاز المرفق العام، فإن الاتجاه الغالب فى الفقه - فى مصـر - لا يزال متبنيا النظرية التقليدية، ويرى تطبيق أحكام وقواعد الـتزام المرافـق العامة على الاتفاق الذى يبرم بين الدولة، وشركة المشروع.

وطبقا لهـذا الرأى[(١)]، يخضع نظام (البناء والتشـغيل والتحويـل) بصفة أساسية لأحكـام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فـى شـأن الـتزام المرافق العامة، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨، والذى تتلخص أهم أحكامـه فيما يلى:

- لا يجوز أن تزيد مدة الالتزام عن ثلاثين عاما.
- يصدر منح الالتزام بقانون.
- لجهة الإدارة الحق فى إعادة النظر فى قوائم الأسعار بإرادتها المنفردة.
- لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أربـاح اسـتغلال المرفـق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص بـه من مانح الالتزام، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال.

وسوف نرى فى الفصل التالى مدى تعارض هذه الأحكام والقواعـد مع الفلسفة الاقتصادية لنظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع وما يسـتلزمه من توزيع للمخاطر.

لذلك لم يكن من المستغرب أن تصدر عدة قوانين خاصة للاسـتثناء من أحكام القانون المشار إليه سلفا، فى قطاعات معينة وهى قطاع الكـهرباء

---

(١) الدكتور/ أنس قاسم جعفر، سابق الإشارة إليه، ص ٨٧. الدكتور/ جابر حاد نصار، سـابق الإشارة إليه، ص ٧٧. الدكتور/ عمرو أحمد حسبو، سـابق الإشـارة إليـه، ص ٨٥، ٩٣. الدكتور/ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: العقود الإدارية - أحكام إبرام العقـد الإدارى وفقا للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، بدون ناشر، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، ص ١٣٢ وما بعدها.

(القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر)، والطرق العامة (القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء الطرق العامة)، والمطارات وأراضى النزول (القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول)، والموانئ التخصصية (القانون رقم ٢٢٠ لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانئ التخصصية)٠

وقد جاء النص فى هذه القوانين جميعها على عدم التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨.

وقد كان الأولى أن يصدر قانون موحد ينطبق على كافة المجالات حيث أن بعض القطاعات الاقتصادية الهامة مثل البترول ومياه الشرب والصرف الصحى لا تزال خاضعة لأحكام القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧.

وسنتحدث فيما يلى عن أهم ما جاءت به هذه التشريعات، فى مطلب أول، ثم نقوم بتقييم هذه التشريعات فى مطلب ثان٠

المطلب الأول

التشريعات الخاصة بتنظيم منح الامتياز فى ظل نظام الـ "B.O.T."

صدرت هذه التشريعات لتقييد ما جاء فى قانون التزامات المرافق العامة رقم ٢٧ سنة ١٩٤٩ وهى:

أولا : القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر :

نصت المادة ٧ من هذا القانون على أن للهيئة أن تجرى جميع التصرفات والأعمال التى من شأنها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله، ولها أن تتعاقد مباشرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية، وذلك طبقا للقواعد التى تحددها اللائحة الداخلية٠

ويجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

أ - أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية.

ب - ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

ج - تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرافق بانتظام واطراد.

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه - فى حدود القواعد والإجراءات السابقة - قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة.

ثانيا : القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ فى شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة :

وفى هذا القانون نصت المادة ١٢ مكرر على أنه: "استثناء من أحكام المواد ١ و ٣ و ٩ مكررا من هذا القانون، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب، أشخاصا طبيعيين أو معنويين، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمارات موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

أ - أن يتم اختيار الملتزم فى إطار من المنافسة والعلانية.

ب - ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

ج - تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التى تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد.

د - يكون للملتزم، فى خصوص ما أنشأه من طرق، سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق فى المواد ٥، ٦، ٨، ١٠، ١١، ١٢، ١٥ (فقرة أولى) من هذا القانون، بما فى ذلك الحق من استغلال مساحات واقعة من جانبى الطريق وفى بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التى تخدم الطريق والمارة، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطريق وعلى المشروعات المشار إليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام، على أن تؤول جميع المنشآت إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة.

وتكون الهيئة العامة للطرق والكبارى والنقل البرى هى الجهة المختصة، دون غيرها، باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٤، ٩، ١٨ (فقرة ثانية) من هذا القانون.

هـ - الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التى تصدر فى شأن استعمال الطرق العامة.

ويصدر بمنح الالتزام، وتعديل شروطه، فى حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات.

ثالثا : القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على ذات الشروط التى سبق ونص عليها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر.

ونصت المادة الثانية على أنه: "مع مراعاة إشراف الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى على عمليات تأمين سلامة الطيران والقائمين عليها والتحقيق فى المخالفات الخاصة بها، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أى مكاتب لمؤسسات النقل الجوى الأجنبية. ويكون للملتزم بالنسبة للمطارات وأراضى النزول محل الالتزام السلطات والاختصاصات المسندة إلى الهيئة فى المواد ١٨، ٢١، ٦٨ من قانون الطيران المدنى، وإلى السلطات المختصة بالطيران المدنى فى المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدنى، وذلك فى حدود الشروط الواردة فى عقد الالتزام.

ونصت المادة الثالثة على أنه: "لا يجوز الحجز أو اتخاذ أى إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات، وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام.

ونصت المادة الرابعة على أن: "يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام، وتؤول جميعها إلى الدولة فى نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة وصالحة للاستعمال".

رابعا : القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية :

جاء القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ مماثلا فى أحكامه للقوانين سالفة الذكر، الصادرة فى شأن القطاعات الاقتصادية الأخرى، وتطبيقا لأحكام هذا القانون تم إبرام أول عقد لإنشاء وإدارة واستغلال محطة الحاويات والبضائع الصب بالحوض الأول لميناء شمال العين السخنة، وتم التوقيع بالأحرف الأولى على هذا الاتفاق من الطرفين فى ١٩٩٩/٥/٩، على أن تعتبر نصوص العقد نهائية عند اعتماد

مجلس الوزراء لمنح الامتياز وقد وافق مجلس الوزراء بالفعل على منح الامتياز بجلسته فى ١٩٩٩/٩/٨ ومدة الامتياز هى خمسة وعشرون عاما قابلة للتجديد مدة أخرى تؤول بعدها كافة الإنشاءات والمعدات إلى الدولة بحالة جيدة، وبدون مقابل[١].

المطلب الثانى

تقييم التشريعات المنظمة لمنح الامتياز

فى نظام الـ "B.O.T."

ويلاحظ على التشريعات السابق الحديث عنها فى المطلب السابق ما يلى:

أ - أنها صدرت لتعالج موضوعات جزئية، لذلك فهى تفتقر إلى المعالجة الشاملة لنظام الـ "B.O.T."، وقد استهدفت هذه المعالجة الجزئية الاستثناء من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ وذلك لكى ترفع القيود التى وضعها ذلك القانون على الاستثمار وهى إذ رفعت هذه القيود فإنها لم تضع الضوابط التى تكفل نجاح هذا النظام، وتحدد التزامات طرفيه، على الرغم من أن الحاجة أصبحت ماسة لوضع تنظيم قانونى شامل يعالج عقود الـ "B.O.T." ويضمن حقوق الدولة، والمستثمر فى الوقت نفسه.

ب - إن هذه التشريعات جميعها قد أجازت منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين عاما، خلافا لأحكام المادة (١) من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، حيث ذهبت إلى إمكان إطالة المدة إلى تسعة وتسعين عاما، وهذا التعديل يسمح بتجديد منح الامتياز لذات المستثمر وتطوير

---

[١] ونص الاتفاق على التزام المستثمر باستثمار ما لا يقل عن ١٨٦ مليون دولار أمريكى فى تجهيز الساحات والإنشاءات والمعدات، وفقا للخطط الزمنية المتفق عليها. راجع: تجربة الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر، سابق الإشارة إليه، ص ٢.

ومد خدمات المرفق فى حالة انتهاء المدة الأصلية للترخيص، والتى لا تتجاوز- عادة - الثلاثين عاما.

ونعتقد أن منح الامتياز لمدة ٩٩ عاما مرة واحدة سيكون أمرا صعبا جدا إذ سيترتب عليه تطويل مدة الاستغلال والإدارة للمشروع دون اعتبار لما قد يأتى به الزمن من تطوير أو تحديث، لذلك فقد كان من الأنسب تحديد هذه المدة بمدة معقولة على أن يتم التجديد لذات المستثمر إذا أثبت جدية وجدارة فى التطوير والتحديث، لذلك كانت مدة التسعة والتسعين عاما محل نقد من الفقه[١].

وهو ما ذهب إليه قسم التشريع بمجلس الدولة عند مراجعته لمشروع قرار رئيس الجمهورية بمشروع قانون بمنح التزام المرافق العامة لمياه الشرب والصرف الصحى وإنشاء جهاز تنظيم قطاع مياه الشرب والصرف وحماية المستهلك، إذ قرر "... وقد ارتأى القسم أن مدة الالتزام المنصوص عليها فى البند (ب) من المادة الأولى من المشروع يمكن أن تصل إلى ٩٩ عاما وهى مدة طويلة جدا تقرب من القرن من الزمان تغل فيها سلطة الدولة - بإرادتها المنفردة - عن تعديل بنود الشروط الاتفاقية فى عقد الالتزام (طبقا لما جاء فى البند ب من المادة الأولى من المشروع) وهو ما يعد تقييدا لأجيال قادمة عن ملاحقة التطور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة فى مجال حيوى مثل مجال مياه الشرب والصرف الصحى، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تجاوز ثلاثين عاما وذلك استهداء بما نص عليه فى القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة[٢].

---

(١) الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، سابق الإشارة إليه، ص ٩٦، ٩٧.

- الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٢٨.

(٢) ملف رقم ٢٠٠٠/٣٣ بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٩ "غير منشور".

ج - إن هذه التشريعات قد ألغت أية قيود على أرباح شركة المشروع، وذلك على خلاف المادة ٣ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتي تنص على أن "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال".

د - إن هذه التشريعات - على خلاف القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ - اكتفت بموافقة مجلس الوزراء على منح الامتياز أو الترخيص، دون حاجة لاستصدار قانون بمنح الامتياز، وذلك تحقيقا لقدر أكبر من المرونة، ودون إخلال بحق الهيئة التشريعية في الرقابة.

هـ - إن هذه التشريعات يكتنفها الغموض في شأن القواعد التي تطبق على اختيار المستثمر من القطاع الخاص، حيث لم تتضمن وضع أسس تلائم اختيار المستثمر على نحو يتلاءم مع الطبيعة الاقتصادية والتمويلية، والفنية للمشروعات العامة والخدمية التي يمولها القطاع الخاص.

و - إن هذه التشريعات قد اقتصرت على الإشارة إلى التزامات المرافق والأشغال العامة، دون أن تتطرق إلى ما خلا ذلك من صور مشاركة القطاع الخاص في المشروعات الاقتصادية العامة، ومتجاهلة بذلك التطور الذي لحق بصور هذه المشاركة، والاختلافات الجوهرية بينها وبين نظام امتياز المرافق العامة.

ونعتقد أن الأمر يقتضي ضرورة إصدار قانون موحد ينظم عقود الـ "B.O.T." بشكل يعكس الفلسفة التمويلية والاقتصادية لهذه المشروعات والأهداف الاستراتيجية للدولة من وراء تبني هذا النظام. أما والحال أن مثل هذا القانون لم يصدر، فلابد من البحث في القواعد العامة في القانون الخاص والعام لاستخراج القواعد التي تحكم هذه العقود، وهو ما نبحثه في المبحث التالي.

المبحث الثالث

القواعد العامة فى القانون التى تخضع لها عقود الـ "B.O.T."

رأينا فى المبحث السابق أن التشريعات الخاصة بنظام الـ "B.O.T." تنصب على طريقة منح الامتياز، ومدته، وأرباح شركة المشروع، ولكنها لم تتطرق إلى تنظيم كل جوانب هذه العقود خصوصا ما تعلق منها بتنظيم الالتزامات الناشئة عن اتفاقات الـ "B.O.T."، لذلك فلا مناص من خضوع هذه العقود للقواعد العامة التى تحكم العقود فى القانون المدنى أو القانون التجارى بحسب التكييف الذى يعطى للعقد.

ويرى البعض[١]: أن عقود الـ "B.O.T." تجمع بين نوعين من القواعد القانونية، أحدهما مستمد من القانون الخاص والآخر مستمد من القانون العام، وذلك فى الدول التى تأخذ بنظام الازدواج القضائى كمصر.

وسوف نرى فى الفصل التالى أن عقود الـ "B.O.T." من عقود القانون الخاص، لذلك سينصب بحثنا - هنا - على أهم القواعد العامة فى القانون المدنى، كمثال للقواعد التى يخضع لها العقد.

وقد تحدثنا فى الباب الأول[٢]، عن انعقاد عقد الـ "B.O.T." ورأينا أنه لكى ينعقد العقد لابد من وجود طرفين تتوافق إرادتهما أى وجود التراضى، وأن يكون هذا التراضى صحيحا وأن ينصب على محل موجود وممكن، ومعين أو قابل للتعيين، وقابل للتعامل فيه، وأن يكون له سبب صحيح، ومشروع. وتسرى على عقد الـ "B.O.T." الصفات التى يصف القانون بها العقد، كما تسرى على الالتزامات الناشئة عن العقد القواعد العامة المنظمة للالتزامات فى العقود.

---

(١) الدكتور/ محمد محمد بدران: النظام القانونى لمشروعات ألـ بوت، سابق الإشارة إليه، ص ٤.

(٢) راجع ما سبق، ص ٩٧.

أولا : موقع عقد الـ "B.O.T." فى تقسيمات العقود :

تقسم عقود القانون الخاص إلى عدة تقسيمات تبعا للناحية التى ينظر إلى العقد منها، فمن حيث وجود تنظيم تشريعى لها فتقسم إلى عقود مسماة، وعقود غير مسماة، ومن حيث شروط تكوين العقد تنقسم إلى عقود رضائية، وعقود شكلية، وعقود عينية، ومن حيث الأثر تنقسم إلى عقود ملزمة للجانبين، وعقود ملزمة لجانب واحد، ومن حيث طبيعة العقود تنقسم إلى عقود محددة، وعقود احتمالية، ومن حيث مدة تنفيذ العقد تنقسم إلى عقود فورية وعقود زمنية، ••• فما هو موقع عقد الـ "B.O.T." من هذه التقسيمات؟

(أ) عقد الـ "B.O.T." من العقود غير المسماة :

العقود المسماة هى العقود التى نظمها المشرع، ووضع لها تسمية معينة، كعقد البيع والمقايضة والهبة والشركة ••، أما العقود غير المسماة فهى عقود لم ينظمها المشرع، بصرف النظر عن الاسم الذى تسمى به فى المجتمع، ومن أمثلتها: عقد التوريد، وعقد النزول فى فندق، وكل ما يبتدعه عقل الإنسان من عقود جديدة لم يسبق للمشرع تنظيمها[1]، ولما كان عقد الـ "B.O.T." من العقود التى لم يتناولها المشرع بالتنظيم، ولم يضع له تسمية خاصة، فإنه يكون من العقود غير المسماة•

(ب) عقد الـ "B.O.T." من العقود الرضائية :

العقد الرضائى هو ما يكفى تراضى المتعاقدين لانعقاده، دون حاجة لأن يصب هذا التراضى فى شكل خاص، والأصل فى القانون الحديث هو رضائية العقود، والعقد الشكلى، هو ما لا يكفى التراضى لانعقاده، بل لابد

---

(١) الدكتور/ عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١١٣.

إلى جانب التراضى من مراعاة شكلية معينة، ينص عليها القانون كتحرير العقد فى ورقة رسمية أمام موظف مختص[١].

ويمكن القول أن عقد الـ "B.O.T." من العقود الرضائية، التى لا يتعين لإبرامها شكل خاص، إلا أن العرف قد جرى على تدوين العقد.

ج) عقد الـ "B.O.T." ملزم للجانبين:

حيث أنه ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من الطرفين المتعاقدين، حيث يلتزم المستثمر بإنشاء المشروع وتشغيله، بينما تلتزم الجهة المتعاقدة معه بالسماح له باستغلال المشروع فترة من الزمن.

د) عقد الـ "B.O.T." بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي:

العقد المحدد هو العقد الذى يتحدد فيه وقت انعقاد العقد مقدار ما يأخذ وما يعطى كل من المتعاقدين، كعقد البيع، حيث يتحدد المبيع والثمن وقت العقد، أما العقد الاحتمالى، فهو الذى لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما أن يحدد مقدار ما يأخذ، ومقدار ما يعطى[٢].

وقد يكون عقد الـ "B.O.T." محددا، وقد يكون احتماليا، فهو يكون محددا عندما تلتزم الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع بشراء الخدمة من الشركة، كشراء كمية محددة من الكهرباء أو المياه بسعر محدد من الشركة، وقد يكون احتماليا، عندما يترك لشركة المشروع استغلال المشروع، وبيع الخدمة، حسب ظروف السوق.

هـ) عقد الـ "B.O.T." من العقود الزمنية:

العقد الفورى هو الذى لا يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، أى أن ما يترتب عليه من الآداء لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تحديده،

---

(١) الدكتور/ سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧، ص ٨٥ – ٨٧.

(٢) الدكتور/ عبد المنعم الصدة، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٢.

ومثاله عقد البيع فهو عقد فورى لأن الزمن لا دخل له فى تحديد التزامات البائع أو التزامات المشترى.

أما العقد الزمنى أو عقد المدة، فهو الذى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، بحيث يكون هو المقياس الذى تقدر به الالتزامات الناشئة عن العقد، ومثاله عقد الإيجار، وعقد العمل، حيث يعتبر الزمن عنصرا أساسيا فى تحديد المنفعة فى الحالة الأولى وفى تحديد مقدار الخدمات التى يؤديها العامل فى الحالة الثانية[١].

ويمكن القول أن عقد الـ "B.O.T." عقدا زمنيا حيث يعتبر الزمن عنصرا أساسيا فى تحديد المنفعة التى تعود على شركة المشروع، إذ لابد أن ينص على مدة معينة، يسمح خلالها للشركة باستغلال المشروع.

ثانيا : **خضوع العقد للقواعد العامة فى نظرية الالتزامات** :

ولما كان عقد الـ "B.O.T." من العقود غير المسماة فإنه يخضع للقواعد العامة فى نظرية الالتزامات، وأهمها مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ تنفيذ الالتزام بحسن نية.

(أ) مبدأ سلطان الإرادة :

يقصد بهذا المبدأ أن الإرادة وحدها تكفى لإنشاء الالتزام، فتوافق إرادتين كاف لإبرام العقد، كما أن إرادتى الطرفين هى التى تحدد ما يترتب على هذا العقد من آثار[٢].

ويترتب على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة نتائج منطقية هى:

---

(١) نقض مدنى الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٩ ق، جلسة ١٩٨٠/٣/٥، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٣١، ص ٧٤١.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ١٧٦؛ الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٦٢؛ الدكتور/ عبد المنعم فرج الصدة، سابق الإشارة إليه، ص ٩٢.

١ - الحرية التعاقدية، فالأشخاص أحرار فى إبرام ما يشاءون من العقود، فلهم أن يتعاقدوا أو لا يتعاقدوا، فإذا تعاقدوا فالإرادة وحدها هى التى تنشئ العقد وتحدد الالتزامات الناشئة عنه، دون حاجة إلى أن تصب هذه الإرادة فى شكل معين[(١)].

٢ - احترام مشيئة العاقدين، فالالتزامات الناشئة عن العقد، يجب أن تنفذ كما أرادها العاقدان، والقاضى وهو يفسر العقد يقتصر دوره على البحث عن حقيقة هذه الإرادة، كما أن المشرع لا يملك التدخل لتعديل ما أراده العاقدان[(٢)]، وهذا تطبيق للقاعدة المنصوص عليها فى المادة ١/١٤٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون"، ومقتضى هذه العلاقة أن العقد يقوم مقام القانون فى تنظيم علاقة المتعاقدين"[(٣)].

(ب) مبدأ تنفيذ الالتزام بحسن نية :

ويقصد بحسن النية هنا، ما يستلزمه شرف التعامل ونزاهته وفقا للعرف والعدالة، وحسن النية مبدأ عام فى جميع العقود وتنص عليه المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى بقولها "يجب على المتعاقد أن ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

وحسن النية فى تنفيذ الالتزام يتطلب من المدين والدائن على السواء، فيجب على كل منهما أن يحجم عما يتنافى مع شرف التعامل

---

(١) الدكتور/ عبد المنعم فرج الصدة، سابق الإشارة إليه، ص ٩٢. الدكتور/ محيى الدين إسماعيل علم الدين: نظرية العقد مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤، ص ٢٧٧. الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٦٢ - ٦٨.

(٢) الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٨، ١٩.

(٣) نقض مدنى جلسة ١٩٤٧/٥/١٥، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما، ص ٨١٨.

ونزاهته، وأن يتعاونا فى سبيل إتمام هذا التنفيذ بأقل تكلفة للمدين، وبأكثر نفع للدائن(١).

هذه هى أهم القواعد العامة التى تحكم العقود، بصفة عامة فى نظرية الالتزامات فى القانون المدنى، على أن عقد الـ "B.O.T." قد يكيف على أنه من العقود التجارية، ونبحث فى الفصل التالى التكييف القانونى لعقد الـ "B.O.T.".

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص ١٧٦ وما بعدها. الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى: دروس فى أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣٤.

- القضية التحكيمية رقم ٤٠ جلسة ١٩٩٥/١٢/١٥، مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى، مشار إليها لدى الدكتور/ محمد شتا أبو سعد: المبادئ القضائية فى التحكيم التجارى الدولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤.

الفصل الثانى

التكييف القانونى لعقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع

(B.O.T.)

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالتكييف القانونى لعقد ما رده إلى نظام قانونى معين يحدد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، والقانون الذى يحكمه، والنظام القضائى الذى تخضع له المنازعات الناشئة عنه.

ولا تثار أى مشكلة عندما يبرم عقد الـ .B.O.T بين طرفين كلاهما من أفراد القانون الخاص، إذ يعد العقد من عقود القانون الخاص ويخضع لأحكام القانون المدنى أو القانون التجارى بحسب التكييف الذى يعطى للعقد.

ولكن الغالب أن عقد الـ (.B.O.T) يبرم بين الدولة من جهة، ومستثمر من القطاع الخاص المحلى أو الأجنبى من جهة أخرى، ويثير تحديد الطبيعة القانونية للعقود المبرمة بين الدولة وأشخاص القانون الخاص، العديد من المشكلات القانونية التى تتسم بالصعوبة والجدية.

ومرجع هذه الصعوبة هو التفاوت وعدم التساوى فى المراكز القانونية لأطراف هذه العقود. حيث تبرم هذه العقود بين طرفين غير متكافئين: الدولة من جهة، والشخص التابع للقطاع الخاص من جهة ثانية، فالدولة، بوصفها شخص من أشخاص القانون العام الداخلى تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص المتعاقد معها، والذى يعد كأصل عام شخص من أشخاص القانون الخاص.

وإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة وبين الأشخاص الوطنية الخاصة فى إطار القانون الوطنى الداخلى، تثير العديد من المشاكل

وتقتضى فى العديد من الدول إفراد نظام قانونى ذاتى بها ليحكمها[1]. فـإن هذه المشاكل تتضاعف - بدون شك - إذا كانت العقود قد تمت بين الدولة وبين شخص خاص أجنبى على صعيد العلاقات الدولية، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنه إذا كانت صعوبة دراسة العقود التى تبرمها الدولة مع أشخاص القطاع الخاص تنجم من التفاوت فى المراكز القانونية لأطرافها، فإن التفاوت بين هذه الأطراف لا يقتصر على عدم التكافؤ القانونى، إذ أنه إلى جانب هذا التفاوت ذو الطابع القانونى، فإن أطراف هذه العقود لا تقف على قدم المساواة من الناحية الاقتصادية، فالدولة على الرغم من أنها شخص سيادى يتمتع بمزايا استثنائية لا تتوافر للطرف الأجنبى المتعاقد معها، فإنها تعد فى الكثير من الأحيان فى مركز اقتصادى أضعف بكثير من المركز الذى تتمتع به الشركات الأجنبية العملاقة متعددة الجنسيات، التى تتعاقد معها، والتى قد تفوق ميزانيات بعضها، الميزانيات المجتمعة للعديد من الدول النامية فى آن واحد.

هذا التفاوت فى القوة الاقتصادية للأطراف المتعاقدة فى عقود الدولة يؤدى إلى التشدد من قبل الدول المتعاقدة فى مواقفها خشية أن تصبح لقمة سائغة أمام التفوق الاقتصادى المذهل لهذه الشركات العملاقة، على نحو يدفع الدول المتعاقدة إلى التمسك بخضوع المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين هذه الشركات لقضائها الوطنى ولقانونها الداخلى.

وإذا كانت الدولة كطرف ضعيف فى عقود الدولة من الناحية الاقتصادية قد تمكنت من حماية مصالحها، وذلك وفقا لتقديرها، عن طريق إحاطة عقودها بسياج من الضمانات مثل الامتيازات الاستثنائية التى لا يتمتع بمثلها الأفراد عند إبرام عقودهم، فإن الشركات العملاقة المتعاقدة معها، ترغب من - أجل حماية مصالحها كطرف ضعيف قانونا فى هذه العقود - فى سلخ العقد المبرم بينها وبين الدولة من سيطرة القانون العام الوطنى

---

[1] انظر فى هذا الموضوع بصفة عامة الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠١، ص ٨ وما بعدها.

للدولة المتعاقـــدة ومحاولة إخضاعه لقانون التجارة الدولية أو المبادئ العامة القانونية المعترف بها بين الدول المتمدينة.

ومن ناحية أخرى فإن كثيـــرا من الدول النامية فى إطــــار ســعيها لجذب الاستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الاقتصادية داخل إقليمـــها تجـد نفسها مضطرة إلى تقديم الكثير من التنازلات والضمانات والحوافز للمستثمر الأجنبى على غرار ما فعله المشرع المصرى فى القـــانون رقـم ٨ لسـنة ١٩٩٧.

فى هذا الإطار ومن خلال سعيها فى سبيل الإعمار وتحقيق التنميـــة الاقتصادية تبرم الدول الكثير من العقود التى تخضع لأنظمة قانونية مختلفة[١] إدارية، ومدنية، وتجارية، ودولية، ونظرا لاختلاف هذه العقـــود واختــلاف الأنظمة القانونية التى تخضع لها، اختلف القضاء والفقـــه فى تحديد التكيـــف القانونى للعقود التى تبرمها الدولة فى مجال إنشاء البنية الأساسية وتحقيـــق التنمية الاقتصادية ومنها عقود الـــ (B.O.T.)، فأدرجها البعض ضمن العقـود الإداريـــة، فى حين يرى البعض أنها ذات طبيعة مدنيـــة، ويـــرى البعـض الآخر أنها تنتمى إلى العقود التجارية بينما يرى البعض أنها تدخـــل ضمـــن عقود التجارة الدولية.

وللوقوف على حقيقة التكييف القانونى لعقود الـــ (B.O.T.)، وردهـــا إلى نظام قانونى يتلائم مع طبيعتها الاقتصادية والذاتية، لابد أن نتناول هـــذه الآراء بالبحث والتحليل على ضوء أحكام القانون واجتهادات الفقه وتطبيقـات القضاء.

---

(١) راجع فى ذلك بصفة عامة:

الدكتـــور/ هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجـــارة الدوليـــة، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠١، ص ١٤ وما بعدها. الدكتور/ حسام عيسى: نقل التكنولوجيا دراســـة فى الأليات القانونية للتنمية الدولية، دار المستقبل العربى، ١٩٨٧، ص . الدكتـــور/ ســـلامة فارس عرب: وسائل معالجة ظاهرة اختلال توازن العقود فى قانون التجارة الدولية، رســـالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٣ وما بعدها.

وإذا كان الأمر كذلك فيقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحـو التالى:

المبحث الأول: عقد الــ .B.O.T من قبيل العقود الإدارية.

المبحث الثانى: عقد الــ .B.O.T من قبيل العقود المدنية.

المبحث الثالث: عقد الــ .B.O.T من قبيل العقود التجارية.

المبحث الأول

عقد الـ "B.O.T." من قبيل العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم :

أسلفنا أنه نظرا لتدخل الدولة كطرف فى عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع، فقد رأى البعض إلحاقه بالعقود الإدارية، بينما رأى البعض الآخر أن شروط العقود الإدارية لا تتفق مع عقد الـ "B.O.T." ومن ثم فقد لزم إلحاقه بعقود القانون الخاص، وسنبحث كلا من الرأيين فى مطلب مستقل على النحو التالى:

المطلب الأول: حجج القائلين بأن عقد الـ "B.O.T." من العقود الإدارية.

المطلب الثانى: تفنيد الرأى القائل بأن عقد الـ "B.O.T." من قبيل العقود الإدارية.

المطلب الأول

حجج القائلين بأن عقد الـ B.O.T. من العقود الإدارية

يذهب فقهاء القانون العام[1] إلى أن عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع هى عقود إدارية، فما هى إلا نظام الامتياز القديم فى صورة

---

[1] JEAN BERNARD AUBY, "Bilan et limites de l`analyse Juridique de la gestion dénéguée du Service Public", Revue Francaise de droit administratif 1977, n III. P. 3 et S.

مشار إليه فى د. محمد الروبى، مرجع سابق، ص ٦٤، هامش (٩).

المستشار/ محمود محمد فهمى: بحث فى عقود ألـ (B.O.T.) وتكييفها القانونى، مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات ألـ (B.O.T.)، القاهرة عام ٢٠٠٠، ص ٤٢. الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد: عقود ألـ "B.O.T.") وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٧. الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود ألـ (B.O.T.)، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية للالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١١١ وما بعدها. الدكتور/ عمرو أحمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام ألـ (B.O.T.)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، =

جديدة، وإذا كان عقد الامتياز يعد عقدا إداريا بطبيعته فـــإن عقـــود البنـــاء والتشغيل وإعادة المشروع تعد كذلك.

ويستند أنصار هذا الرأى إلى أن عقـــد البنـــاء والتشـــغيل وإعـــادة المشروع قد استجمع كل أركان العقد الإدارى. فكما استقر القضـــاء الإدارى على أن العقد يعد إداريا "إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، ومتصـــلا بمرفق عام، ومتضمنا شروطا استثنائية غير مألوفة فى نظام القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط مجتمعة كان عقدا إداريا، ومن ثـــم يختـــص بنظره القاضى الإدارى" ...[1].

وإذا سلمنـــا بذلـــك فإن عقود البناء والتشغيل وإعادة المشـــروع - كما يذهب هذا الاتجاه - لابد أن تكتسب صفة العقـــود الإداريـــة، حيـــث أن الدولة مانحة الامتياز فى عقود الـــ B.O.T. تتعاقد بوصفها سلطة عامة مـــع شركة خاصة - مصرية كانت أو أجنبية - لبناء وتشغيل مرفق، أو مشـــروع عام لمدة معينة مع نقـــل ملكيتـــه للجهـــة مانحـــة الالتـــزام بعـــد انتـــهاء هذه المدة دون مقابل، مع إخضاع الملتزم لكافة القواعـــد المنظمـــة لسـير

= ص ١٢١. الدكتور/ عبد المنعم عبـــد الحميـــد إبراهيم شرف: العقود الإدارية، ٢٠٠٢، بـدون ناشر، ص ١٣٥ وما بعدها. الدكتور/ جمال عثمان جبريل: الطبيعة القانونية لعقـــد البنـــاء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور لدى د. حمدى عبد العظيم (محرر) مشـــروعات ألـــ B.O.T. وأخواتها، مركز بحوث أكاديمة السادات، ٢٠٠١، ص ٨٣ - ٨٥. الدكتورة/ أمـــل نجاح الشيشينى: نظام البناء والتشغيل والتحويل، هل هناك حاجة لبديل؟، بحث منشور بمجلـــة بحوث اقتصادية عربية، السنة الحادية عشرة، العدد الثامن والعشرين، ٢٠٠٢، ص

P. LALIVE, Les contrats enter Etats et entreprises Privée étrangeres, Rapport Unidroit, Rome Sept 1976, P. 185.

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٨٨٩ لســـنة ٦ ق، جلســـة ١٩٦٢/٣/٣، الســـنة (٧)، مجموعة الأحكام، ص ٥٢٧.

الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٩م، مشار إليه لدى المستشار حمدى يـــس عكاشة: العقود الإدارية فى التطبيق العملى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٦٧.

الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٤، مشار إليه لدى المستشار حمـــدى يـــس عكاشة: سابق الإشارة إليه، ص ٦٧.

المرافق العامة، ومنها حق الإدارة فى الرقابة والتوجيه والتعديل وفسخ العقد وإذا كان الأمر كذلك فإن عقد الـ (.B.O.T) الذى تبرمه الدولة - أو أحد أجهزتها مع الشركة الخاصة يعد عقدا إداريا • وذلك لتوافر العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإدارى، حيث أن العقد قد أبرمه شخص من أشخاص القانون العام، واتصل بنشاط مرفق عام، وأخذت فيه الإدارة بأساليب القانون العام، بما تضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة فى روابط القانون الخاص[١] •

وليس من شك فى أن عقد امتياز أو التزام المرافق العامة يعتبر من أهم العقود الإدارية، وهو عقد إدارى بطبيعته، ومن ثم يصبح عقد الـ "B.O.T." فى كل الأحوال - عقدا إداريا متى كانت الإدارة طرفا فيه، واتصل بنشاط مرفق عام، وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام تعتبر أسلوبا لإدارة المرافق العامة، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم فإن هذا لا يمنع أن يقوم - الملتزم - بداءة - بإنشاء المرفق وتشغيله مدة العقد ثم إعادته، مرة أخرى إلى الجهة الإدارية[٢] •

ويرى البعض[٣] أنه بالإضافة إلى الأسس المتقدمة فإن رقابة المشروعية على القرارات الاقتصادية التى تستهدف تشجيع الاستثمار قد تصبح معقدة إذا اصطدمت بسلطة الإدارة التقديرية فى تقرير المشروع أو رفضه أو حرمانه من التمتع بالامتيازات التى يمنحها قانون الاستثمار •

ويترتب على هذا الرأى النتائج التالية:

١ - خضوع العقد لمراجعة مجلس الدولة إذا زادت قيمته عن خمسة آلاف جنيه •

---

(١) الدكتور/ جابر جاد نصار، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣.

(٢) الدكتور/ جابر جاد نصار، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣، ٥٤.

(٣) الدكتور/ عبد المنعم محفوظ، المرجع السابق، ص ٤١٣.

٢ - إذا لم يحتو العقد على نص يقضى بالتحكيم يخضع العقد للقضاء الإدارى بمجلس الدولة.

وهكذا يرى أنصار مدرسة القانون العام أن عقود الـ "B.O.T." ليست إلا صورة من صور عقود امتياز المرفق العام، غير أن هذا الاتجاه يغفل أن شروط العقد الإدارى قد لا تتوافر فى عقد الـ "B.O.T." ومن ثم لا تتوافر فيه أركان عقد التزام المرافق العام.

ومن ناحية أخرى يختلف نظام الـ "B.O.T." - بناء على طبيعته الاقتصادية والقانونية والرقابية وطرق تنفيذه الحديثة - عن عقد التزام المرافق العامة. وهذا ما نوضحه فى المطلب التالى.

المطلب الثانى

تفنيد الرأى القائل بأن عقد الـ "B.O.T." من قبيل العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم :

انتقد جانب[١] من الفقه إصرار فقهاء وشراح القانون العام على اعتبار عقود الـ "B.O.T." - فى جميع الحالات - من عقود القانون العام، ويذهب هذا الجانب إلى اعتبار هذه العقود من عقود القانون الخاص نظرا لعدم تضمنها شروطا استثنائية من ثم يجب أن تخضع لقواعد القانون المدنى

---

[1] Samy ABDEL BAKI: Les projets internationaux de construction mence selon la formule, B.O.T., (Build, Operte, Transfer,) Thése, 2000, Paris PP. 262 – 266.
P. Well: droit international public et droit administratif melanges trotabas P. 527.
Ph. LEBOULANGER : Les Contrats enter états et entreprises étrangers, 1985, P. 229.
الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٤٥؛ الدكتور/ محمد بيجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، ص ٢٨؛ الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٣٧.

أو القانون التجارى"• كما ينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادى مالم يـرد بالعقد نص يجيز التحكيم• ويدعـم أنصار هذه النظرية رأيهم بعدة أسس من أهمها:

١ – عدم توافر شروط العقد الإدارى فى عقود الـ "B.O.T."•

٢ – أن طبيعة نظام الـ "B.O.T." وطرق تنفيذه الحديثة وفقا لآليات السوق تختلف من الناحية الفنية والاقتصادية عن نظام التزام المرافق العامة•

٣ – أن عقود ألـ B.O.T. تقوم على أساس مبدأ أن العقد شريعة المتعـاقدين، وتحتوى على حقوق والتزامات متوازية بين الطرفين•

ولتوضيح هذا الاتجاه وبيان أسسه المنطقية لابد من مناقشة الأسـس التى استند إليها هذا الاتجاه فى نفى صفة العقود الإدارية عـن عقـود الـ B.O.T. وضمها تحت لواء القانون الخاص باعتبارها نوعا من العقود التـى يجب أن تخضع لسلطانه• وهو ما سنعرض له فيما يلى:

أولا : عدم توافر الشروط المميزة للعقد الإدارى فى عقود الـ "B.O.T.":

لنفى الطبيعة الإدارية عن عقود الـ "B.O.T." لابـد مـن مناقشـة الأسس التى أقام عليها أنصار فكرة إضفاء الطبيعة الإدارية على هذه العقـود من واقع فقه القانون العام – نفسه – وتتمثل هذه الأسس فى شـروط العقـد الإدارى، الذى يرى هذا الاتجاه أنها تتوافر فى عقود الـ "B.O.T."، ممـا يضفى على تلك العقود الصفة الإدارية•

ويمكن تعريف العقد الإدارى، وفقا للغالب، فى قضاء مجلس الدولـة الفرنسى، بأنه العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام بقصد تسيير مرفق عـام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة فـى الأخـذ بأحكـام القـانون الإدارى،

ويظهر ذلك عندما يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فـــى القـــانون الخاص[١].

وهذا هو التعريـــف الذى أخذت به محكمة القضاء الإدارى، وأيدتـــه كل من المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض المصرية، ثم أقرتـــه أيضـــا المحكمة الدستورية العلـــيا[٢].

ولما كان المعيار المميز للعقد الإدارى كما يصـــوره الفقـــه الإدارى الفرنسى والمصرى - يرتكز على ثلاثة شروط لابد أن تتوافـــر مجتمعـــة[٣] هى:

---

(1) - C.E. 31 Juill 1912, Sociéte des grand parphyroider des vasges, Rec. 909, Concl Blum, note. long, WEIL et BRAIBANT, Les grands arrets de la Jurisprudence adminstrative, 8 éd, 1984, P. 110 etS.
- Geze Le regime Juridique de contrats administratifs, R.D.P. 1945, P. 25. etS.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ ق، وحكمـــها الصـــادر فـــى ١٠ مـــارس ١٩٥٧، لسنة ١١ ق، المجموعة، ص ٢٥٤، وفى ١٢ مايو ١٩٥٧ الحكم رقم ١٤٧٢ لســـنة ١٠ ق، والحكـــم رقـــم ٣٤٨، ١ يونيو ١٩٥٧، السنة ١١ ق، المجموعة، ص ٨١، والحكـــم رقم ١٢٣٥ فـــى ٢٣ مارس ١٩٦٠، السنة ١٤ ق، المجموعة، ص ٢٥٦، والحكم رقـــم ٩٢ من ٢٧ ق، الصادر فى ١٨ مارس ١٩٧٣، المجموعة، ص ١٨٩، حكم المحكمـــة الإداريـــة العليا رقم ٥٩٩، السنة ١٣ ق المجموعة، ص ٥٥٧. وحكمها رقـــم ١٠٩٥ فـــى ٢٥ مـــايو ١٩٦٣، السنة ٨ ق، المجموعة، ص ١٢٢٥، وحكمها رقم ٥٧٦ فـــى ٢٠ ديســـمبر ١٩٦٧، السنة ١٢ ق، المجموعة، ص ٣٥٩، وحكمها فى الطعن رقم ٣١٢٨ لســـنة ٣٥ ق فـــى ٢٤ يناير ١٩٩٥، مجموعة المبادئ فى العقود الإدارية، المكتب الفنى بمجلس الدولـــة، ص ٩٨، الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٤ ابريل ٢٠٠٠، الطعـــن رقـــم ٥٥٤، لســـنة ٦٠ ق، جلسة ٢٩ مايو ١٩٩٤، السنة ٤٥ ق، ص ٩١٨، منشوران بمجلة المحامـــاة، العـــدد الأول، ٢٠٠١، ص ٥٣.

(٣) راجع فى ذلك: الدكتور/ سليمان محمد الطماوى: الأسس العامة للعقود الإداريـــة، دراســـة مقارنة، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ٥٩ وما بعدها. الدكتـــور/ توفيـــق شحاتـــه: مبـــادئ القانـــون الإدارى، الطبعـــة الأولـــى، ١٩٥٥، ص ٧٥٢ ومـــا بعدهـــا. الدكتور/ فؤاد العطار: القانون الإدارى، الطبعة الثالثة، ١٩٧٦، ص ٥٧٦ وما بعدها. =

- وجود الإدارة طرفا فى العقد .
- اتصال العقد بمرفق عام، بأن يتعلق بإدارة أو تنظيم أو استغلال المرفق العام .
- اتباع أساليب القانون العام بتضمين العقد شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص .

= الدكتور/ محمد فؤاد مهنا: مبادئ القانون الإدارى فى ظل الاتجاهات الحديثة، المجلد الثانى، ١٩٧٨، ص ٧١٣ وما بعدها . الدكتور/ ثروت بدوى: المعيار المميز للعقد الإدارى، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، حقوق القاهرة، السنة السابعة والعشرين، العددين الثالث والرابع، سبتمبر وديسمبر ١٩٥٧، ص ١١٥ وما بعدها . وانظر لسيادته أيضا: النظرية العامة فى العقود الإدارية ....، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١٢ وما بعدها . الدكتور/ جمال عثمان جبريل: العقود الإدارية، إبرام العقد الإدارى وصحته وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، ص ١٣. الدكتور/ بكر القبانى: القانون الإدارى، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ٣٨٤ وما بعدها . الدكتور/ محمد سعيد أمين: دراسة مقارنة فى فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها وفقا لقانون المناقصات والمزايدات فى مصر، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٤، ص ٢٨ وما بعدها . الدكتور/ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: العقود الإدارية، أحكام إبرام العقد الإدارى، وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، ٢٠٠١، بدون ناشر، ص ٢٩ وما بعدها . الدكتورة/ سعاد الشرقاوى: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨ - ١٩٩٩، ص ١٧ وما بعدها . الدكتور/ عمرو أحمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ "B.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٦ وما بعدها . الدكتور/ أنس جعفر: العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه فى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات ولائحته التنفيذية، مع دراسة لعقود الـ "B.O.T."، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص ١٣ وما بعدها .

- JACQUES Geargel. Contrats de l'administration, contrats administratifs par nature, juris classeur administratif fasc. 502, 1971, et suiv.
- Prospar weil, la critére du contrat administratif en crise, Melanges offerts a waline, le juge et le droit public tome 2. Paris 1974, P. 831 et SS.

وانظر من أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذه العقود:

- C.E. 12 Juillet 1949, Perez, R.P. 350.
- C.E. 2. Juin 1951 Sté Mintère du cop corse R. P. 383.

لذلك كان علينا مناقشة كل شرط من هذه الشروط لنرى مدى إمكانية انطباقها على عقود الـ "B.O.T."٠

أ) وجود الإدارة طرفا فى العقد :

يمثل هذا الشرط الجانب العضوى فى المعيار المميز للعقد الإدارى الذى يعتمد فى المقام الأول على صفة المتعاقدين، فالعقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة وبالتالى فإن العقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا، من هنا ذهب مجلس الدولة الفرنسى إلى أن العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يعد عقدا إداريا حتى ولو كان أحدهم ملتزم بأداء مهام متعلقة بمرفق عام[١]٠

كما أن وجود الإدارة طرفاً فى عقد ما لا يجعله مباشرة عقدا إداريا مالم يتوافر الشرطان الآخران، وهما اتصال العقد بمرفق عام واتباع أساليب القانون العام بشأنه، فكون الإدارة طرفا فى العقد لا يستلزم بالضرورة إسباغ الصفة الإدارية عليه، فالقانون العام يقوم على ضرورة إحاطة نشاط الدولة بسياج متين من الحقوق والضمانات الاستثنائية التى لا يسمح بها القانون الخاص ولا يقرها فى الروابط بين الأفراد بعضهم وبعض كحق التنفيذ المباشر، وحق نقض العقود أو تعديلها، إذا ما اقتضت المصلحة

---

(١) انظر:

- C.t., 13-12-1963, Syndicat des praticiens de l`art dentaire, D. 1964, P. 55.
- C.E. 4-6-1967, Societe des eux de Marsèille, R. P. 241.

راجع أيضا فى ذلك:

PREVOST " Jean Francois": Ala Recherche du critére du contrat administratif "La qualite, des contractants L, R.A. P. 1971. P. 821.

الدكتور/ أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ٢٩٦. الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين، سابق الإشارة إليه، ص ٢٩. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٤٤ وما بعدها٠

العامة ذلك، غير أنه من المسلم به فى فقه القانون العام أن الدولة إذا شاءت - أن تتخلى عن الاحتماء وراء هذه الحقوق والضمانات وأن تضع نفسها على قدم المساواة مع الأفراد عندئذ يخضع نشاطها للقانون الخاص، وتختص المحاكم العادية، دون القضاء الإدارى، بفض المنازعات التى يثيرها هذا النشاط، ويعبر الفقه الإدارى عن هذه الحقيقة بالتفرقة بين ما يسميه بأسلوب (الإدارة العامة)، وأسلوب (الإدارة الخاصة)[1].

كما أن الأشخاص المعنوية العامة التى يمكن أن تدخل طرفا فى العقد ليست سواء، فهناك من هذه الأشخاص ما يعد باعتراف الفقه والقضاء الإداريين من أشخاص القانون الخاص وبالتالى تخضع العقود التى تبرمها لقواعد القانون الخاص.

(ب) اتصال العقد بمرفق عام :

لا يكفى أن يكون أحد طرفى العقد شخصا معنويا عاما لإضفاء الصفة الإدارية عليه، بل يجب أن يتصل هذا العقد بمرفق عام، وإذا كان صحيحا أن الكثير من عقود الـ (B.O.T.) تتصل بمرفق عام فالتساؤل الذى يثور فى هذا المقام يدور حول مدى إسباغ الصفة الإدارية على هذه العقود؟ من جانبنا نعتقد أن اتصال العقد بمرفق عام لا يبرر خلع الصفة الإدارية على هذا العقد، للأسباب التالية:

١ - تحبذ الدولة إدارة بعض المرافق العامة الاقتصادية عن طريق وسائل القانون الخاص، فالدولة وأشخاص القانون العام بوجه عام تلجأ فى ممارسة نشاطها ذى الطبيعة التجارية إلى أسلوب الإدارة الخاصة المتبع

---

[1] راجع فى ذلك:

CHARLIER: la nation Joridique de service public "Andustriel ou commercial" J.C. P. 1955, Doctrine no 1210, No 44, P. 331.

الدكتور/ أكثم أمين الخولى: الاتجاهات الكبرى فى قانون المشروع العام، بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثانى، أبريل - يونيو ١٩٥٥، ص ٣١ وما بعدها.

فى إدارة المشروعات التجارية، وعلى ذلك تقوم نظرية المرفق الصناعى أو التجارى على اتخاذ الإدارة فى تسييره وتنظيمه أسلوبا لا يختلف عن مثيله فى المشروعات الخاصة[١].

واستبعاد أساليب القانون العام فى التعامل التجارى للدولة ليس نتيجة حتمية للطبيعة التجارية للنشاط، بل مجرد أسلوب عملى تلجأ إليه الإدارة، طواعية - كأسلوب ناجح لمباشرة نشاطها التجارى، ولو كان لهذا النشاط صفة المرفق العام لأن تذرعها بوسائل القانون العام فى هذا المجال ينفر الغير من التعامل معها، وهو ما لا يسمح بنجاح المشروع فى محيط الحياة التجارية[٢].

٢ - إن عقود الـ "B.O.T." قد لا تتصل بمرفق عام، وإنما تتعلق بمشروعات أخرى "استثمارية"، لا علاقة لها بالمرافق العامة، فالمرفق العام يعرف بأنه نشاط تمارسه جماعة عامة بهدف إشباع حاجة من الحاجات التى تحقق الصالح العام[٣].

وواضح من التعريف أن المرفق العام يهدف إلى إشباع حاجة عامة تتعلق بالجماهير، على حين أن عقد الـ "B.O.T." قد ينصب على مشروع ليس له علاقة بحاجات الجماهير، مثل المشروعات التى تستثمر فيها الدولة مواردها بغرض الربح، وهو ما يعرف فى الفقه الإدارى "الدومين الخاص"، وقد أوضح القضاء الإدارى المعيار فى تمييز المرافق العامة التى تهدف إلى إشباع الحاجات العامة عن غيرها من المشروعات التى لا يكون لها هذا الهدف، وهو أن الدولة هى المسئولة أصلا عن توفير هذه الحاجة العامة

---

(١) انظر:

- CHARLIER, "La notion Joridique de service public industriel ou commercial". J.C.P. 1955 Doctrine. No. 121o, Mo 44, P. 331.

(٢) الدكتور/ أكثم الخولى: الاتجاهات الكبرى فى قانون المشروع العام" بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثانى، أبريل - يونيه ١٩٥٩، ص ٣١ وما بعدها.

(٣) الدكتور/: سليمان الطماوى: المبادئ العامة للقضاء الإدارى، الطبعة الثالثة، ١٩٥٩، ص ٢٦٢. الدكتورة/ سعاد الشرقاوى: القانون الإدارى، سابق الإشارة إليه، ص ١٠١.

للجمهور[1]، وفى هذا تقول المحكمة الإدارية العليا: "... إن العقد يعتبر عقدا إداريا إذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، وأن يتصل بتسيير مرفق عام، وهو مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته، وتستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التى يتطلبها، بغير قصد الربح، بل بقصد الصالح العام، والنفع العام"[2].

ويقصد - دائما - بالعقود المتعلقة بإدارة الدومين الخاص، تحقيق مصلحة مالية للشخص الاعتبارى القائم على هذا الدومين، إلا أنها غير مرتبطة بمرفق عام، ومن ثم تعتبر من عقود القانون الخاص حتى لو انطوت على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[3].

ومن أهم أحكام المحكمة الإدارية العليا المؤيدة لهذا المبدأ والتى اتفقت مع قضاء مجلس الدولة الفرنسى[4] الحكم الصادر بجلسة ١٩٦٨/٢/٢٤، والذى جاء فيه أن "هذا العقد وإن كان أحد طرفيه جهة إدارية، إلا أنه لا يتسم بسمات العقود الإدارية، فهو لا يستقل بتسيير مرفق عام، ولا يعدو أن يكون عقد بيع مال مملوك للدولة ملكا خاصا تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد فى أموالهم طبقا للقانون المدنى"[5].

٣ - أن فكرة المرفق العام تواجه هجوما شديدا فى الوقت الحاضر، ذلك أنها فكرة غير محددة تحديدا واضحا وليس لها تعريف جامع، كما أن تنوع المرافق العامة وتطور أساليب إدارتها وتردد القضاء فى

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى. الطعن رقم ١٣١٧، لسنة ٧ ق، جلسة ٢٧ يناير ١٩٥٧، المجموعة ٢، السنة ١١، ص ١٦٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣٧٠٣، لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٧/٢/٩.

(٣) المستشار/ حمدى ياسين عكاشة: موسوعة العقود الإدارية، والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٩.

(٤) من أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد :
C. E. 26 Janv. 1951, Société anonyme minière, R. P. 49.

(٥) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، س ١٣، المجموعة، ص ٥٥٧.

الاعتماد على معيار المرفق العام لتحديد اختصاص كل من القضاء الإدارى والقضاء المدنى، كل ذلك جعل المرفق العام لم يعد معيارا كافيا بذاته لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإدارى وتطبيق القانون الإدارى[١].

كل ذلك جعل الفقه يهجر معيار المرفق العام، كمعيار مميز للعقد الإدارى إلى معيار آخر أكثر تحديدا هو معيار استعمال أساليب وامتيازات السلطة العامة أو استعمال وسائل القانون العام، وهما ما ننتقل لبحثه فيما يلى.

(ع) استعمال جهة الإدارة للشروط الاستثنائية غير المألوفة فى عقود القانون الخاص :

اختلف الفقهاء على تحديد الشرط الاستثنائى غير المألوف الذى تستعمله جهة الإدارة فى مواجهة الطرف المتعاقد. فمنهم[٢] من يرى أنه الشرط الذى لا يقابله مثيل - عادة - فى القانون الخاص، ومنهم[٣] من يرى أن الشروط الاستثنائية غير المألوفة هى التى تنطوى على إعمال إحدى امتيازات السلطة العامة فى دائرة العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الآخر، بما يؤثر على المساواة بينهما.

والبعض الآخر يرى[٤] أن الشروط الاستثنائية هى التى تقرر عدم المساواة بمنح الشخص العام مركزا أعلى من المتعاقد معه بقصد تحقيق المصلحة العامة.

---

(١) الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ٧٨.
الدكتورة/ سعاد الشرقاوى، سابق الإشارة إليه، ص ١٢. الدكتور/ أكثم الخولى: أثر الصفة التجارية للمشروع العام على طبيعته العامة، سابق الإشارة إليه، ص ٥٤ وما بعدها.
- فتوى القسم الاستشارى للفتوى والتشريع الصادرة فى ٢٩ يوليو ١٩٥٧، مجموعة فتاوى المجلس، السنة السابعة، ص ٤٦٣.

(٢) المستشار/ عبد المجيد فياض: العقد الإدارى فى مجال التطبيق، سنة ١٩٨٣، ص ٣٢.

(٣) المستشار/ حمدى ياسين عكاشه، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣.

(٤) R. Chabus, Droit adminstratif general 1988, P. 361.

ويذهب جانب آخـر[١] إلى القول بأن الشروط غير المألوفـة هـى عبارة عن:

١ - الشروط التى تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعـاقد الآخر.

٢ - الشروط التى تخول للمتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية فى مواجهـة الغير، بمقتضاها يكون للمتعاقد الحق فى ممارسة بعض مظاهر السـلطة التى تمارسها الإدارة عادة، وبالقدر الذى يستلزمه تنفيذ العقد الإدارى.

٣ - شروط جعل الاختصـاص للقضاء الإدارى.

وباستقراء أحكام القضاء يتبين لنا أنها لم تجمع على تعريف واحـد للشروط الاستثنائية، إلا أن المستقر عليه فى هذا الشأن أن تحديـد الطبيعـة الاستثنائية غير المألوفة لشروط العقد هى من الأمور التـى يعود تقديرهـا إلى القاضى الذى عليه فحص تلك الشروط وتحديد ماهيتها.

ولهذا قضت محكمة النقض المصرية بأن "الحق فـى إلغـاء العقـد ومصادرة التأمين من الشروط الاستثنائية غير المألوفة"[٢].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "النص فى العقد على سـلطة الإدارة فى فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا أخل المتعاقد الآخر بأى شرط مـن شروطه كاف بذاته لاعتباره عقدا إداريا"[٣].

---

[١] الدكتور/ سليمـان الطمـاوى: الأسـس العامـة فـى العقـود الإدارية، سابق الإشـارة إليه، ص ٩٣ – ٩٦.

[٢] نقض مدنى جلسة ١٩/١٠/١٩٦٥، س ١٦، ص ٨٩٧.

[٣] المحكمـة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ٤، جلسة ٣١/٣/١٩٦٣، المجموعـة، س ٧، ص ٥٢٧.

راجع فى ذلك أيضا:

حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٨/٥/١٩٦٨، س ٣، ص ٩٥٣.

حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق، جلسة ٢٤/١/١٩٩٥. مشار إليه لدى المستشار/ حمدى ياسين عكاشه، سابق الإشارة إليه، ص ٦٩.

نقض مدنى جلسة ١١/١١/١٩٦٥، لسنة ١٦ ق، المجموعة س ١٦، ص ١٠٤٨.

ولا ريب أن طبيعة عقود القانون الخاص تأبى بشكل حاسم الشروط الاستثنائية، التى لا نظير لها فى العقود التى تتم فى نطاق القانون الخاص، ولهذا ثار التساؤل حول مدى صلاحية هذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى مجال عقود الـ .B.O.T؟

الواقع أن تطبيق نظام الـ .B.O.T يستلزم تدخلا إيجابيا من الدولة فى ظل الآلية الاقتصادية التى تحدد المشروع ومواصفاته الفنية فى ضوء احتياجاتها المالية والاقتصادية والاجتماعية، فهو نظام تلجأ إليه الدولة إذا اضطرتها الظروف المالية لنقص التمويل، وخشية الوقوع تحت وطأة الديون الأجنبية، ولهذا تحرص معظم الدول على جذب الاستثمارات الأجنبية، وتمنح التسهيلات والضمانات فى سبيل ذلك، كما يتم اختيار شركة المشروع فى إطار من المنافسة والعلانية، ويتم إنشاء المشروع وتشغيله طبقا لتقنية وتكنولوجيا متقدمة[١].

كما أن التوجه الاقتصادى والسياسى للدولة نحو الاقتصاد الحر، وتوسيع قاعدة الملكية الخاصة، وانتشار ظاهرة العولمة ..، كل ذلك يجعل تميز الجهة الحكومية المتعاقدة بنظام (.B.O.T) بامتيازات غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص، يناقض الفلسفة الاقتصادية لهذه المشروعات وحاجة الدولة إليها، وينفر المستثمرين - وخاصة الأجانب - من التعامل معها، ويؤدى فى النهاية إلى أن الجهة الحكومية المتعاقدة لن تجد مستثمرا تكون لديه القدرة اللازمة لإنشاء المشروع الذى ترغب الدولة فى إنشائه تحقيقا للتنمية المنشودة.

وعلى ذلك فلا مجال لتطبيق شروط استثنائية غير مألوفة فى العقود التى تبرم مع أفراد القطاع الخاص بنظام الـ "B.O.T."، الأمر الذى ينفى عنه الطبيعة العامة، والمستقر فقها وقضاء - على النحو الذى سبق أن أوضحناه - أن الشروط الثلاثة لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وهى:

---

(١) راجع فى ذلك الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ص ٨٠، ٨١.

وجود الإدارة طرفا فى العقد، واتصاله بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة، لابد أن تتوافر مجتمعة، وإلا كان العقد مدنيا يضاف إلى ذلك أن هناك اختلافات جوهرية بين عقد ألـ "B.O.T." وعقد امتياز المرفق العام سوف نعرض لها فيما يلى.

ثانيا : اختلاف عقد الـ "B.O.T." عن عقد امتياز المرفق العام :

قد تجد عقود الـ "B.O.T." أساسها فى عقود التزام المرافق العامة التى عرفتها فرنسا منذ القرن الثامن عشر، والتى فى ظلها منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع مياه الشرب فى مدينة باريس إلى شركة "بربيه أخوان" عام ١٧٩٢، كما عرفتها مصر فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر عندما منحت الحكومة المصرية امتيازا للشركة العالمية لقناة السويس يجيز للشركة إنشاء القناة وتشغيلها لمدة ٩٩ عاما تبدأ فى عام ١٨٦٩[١].

ومن هنا فقد جنح فقه القانون العام إلى القول بأن عقد الـ "B.O.T." لا يخرج عن كونه مسمى حديث لعقد التزام المرافق العامة، وذلك لقناعة هذا الفقه الراسخة بأن عقد الـ "B.O.T." يحتوى على كافة شروط العقد الإدارى، وأنه لا ينال من ذلك التوسع النسبى فى الشروط التعاقدية التى تشتمل عليها عقود الـ "B.O.T." بقصد تشجيع الاستثمار، والتى درجت هذه العقود على النص فيها على أن بعض بنودها لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وهو ما لم تألفه العقود الإدارية[٢].

وواقع الحال أنه إذا كان عقد الـ "B.O.T." يتفق مع عقد امتياز المرفق العام، فى بعض النواحى - إلا أنه تظل هناك اختلافات جوهرية بينهما تجعل من غير الممكن تطبيق القواعد الخاصة بعقد امتياز المرفق العام على عقد الـ "B.O.T.".

فالعقدان يتفقان فى أن مؤداهما - من الناحيتين المالية والفنية - هو إسناد إدارة المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص، الذى يقع على عاتقه فى

---

(١) د. محمد الروبى، مرجع سابق، ص ٦٥ - ٦٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٩ - ٧٠.

ظل كل من العقدين المسئولية الكاملة عن تمويل وتشغيل هذا المرفق. كما يتحمل - بصفة أساسية - المخاطر التجارية الناشئة عن تشغيل المرفق، فمؤدى العقدين هو نقل عبء ومخاطر تشغيل المشروع إلى عاتق القطاع الخاص، بيد أن تظل ملكية أصول المشروع خالصة للجهة الإدارية.

مع الأخذ فى الحسبان أن عقد الـ "B.O.T." أوسع وأشمل مجالا، حيث يتميز عن عقد امتياز المرفق العام فى أن المستثمر المتعاقد مع الدولة فى عقد الـ "B.O.T."، يتولى عملية إنشاء المرفق، وما يستلزمه ذلك من تحضير وإعداد، مرورا بالتمويل والتنفيذ والتشغيل وانتهاءا بإعادته وتسليم كافة أصوله إلى الدولة.

ومن ناحية ثانية يرى البعض[١] أن ملكية المشروع فى عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية وفقا لنظام الـ "B.O.O.T." تظل خالصة للقطاع الخاص، مع وعد ملزم للمستثمر بنقل الملكية فى نهاية مدة الاتفاق إلى الدولة[٢]، وهو الأمر الذى لا يتحقق فى عقد امتياز المرفق العام والذى يفترض ملكية أصول المشروع للدولة.

ويختلف عقد الـ .B.O.T عن عقد امتياز المرفق العام من حيث: الطبيعة القانونية ومن حيث شروط العقد، وسوف نوضح أبرز هذه الاختلافات فيما يلى:

---

[١] الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٤٥، ٢٤٦.

[٢] عادة ما تنص اتفاقات الـ .B.O.O.T على حق شركة المشروع فى ملكية أصول المشروع وما يشمله من إضافات، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٣ من اتفاقية شراء القوى الكهربائية المبرمة بين هيئة كهرباء مصر وأحد المستثمرين من القطاع الخاص، والتى تنص على أن، "يعتبر مجمع الكهرباء والذى تنشئه شركة المشروع، فى جميع الأوقات ملكا لها، وتشمل ملكية الشركة كافة الإضافات والتعديلات والتحسينات على المجمع، كما تشمل الملكية كافة المبانى والملحقات والعقارات الثابتة المبنية بالموقع، بالإضافة إلى كافة المعدات والماكينات، والممتلكات الشخصية المستعملة فى المجمع أو الموقع، وتستمر ملكية الشركة كاملة ونهائية طوال مدة الاتفاق، دون إخلال بحق الهيئة فى التملك عند نهاية مدة الترخيص".

(أ) : من حيث الطبيعة القانونية :

بينما يتميز عقد امتياز المرفق العام بأنه عقد إدارى بطبيعته، فإن عقد الـ "B.O.T." ليس عقدا إداريا، وإنما هو من عقود القانون الخاص، يخضع للقانون المدنى أو القانون التجارى، وينعقد الاختصاص بشأنه للقضاء العادى مالم يرد بالعقد نص يجيز التحكيم"[١].

فلقد رأينا فى الفصل السابق أن الشروط التى يعتد بها الفقه والقضاء الإداريان كمعيار مميز للعقد الإدارى لا تتوافر مجتمعة، - أو ربما منفردة - فى عقد الـ "B.O.T." . فضلا عن أن أركان المرفق العام لا تتوافر أيضا فى عقد الـ "B.O.T." . وبخاصة الركن المتعلق بهيمنة السلطة العامة، فقد تقترب المشروعات التى يتم إنشاؤها بمقتضى عقود الـ "B.O.T." من امتياز المرافق العامة، أو تتشابه مع الالتزامات الناشئة عنها . من حيث استهدافها النفع العام، غير أنه مهما كان التشابه قويا والتقارب شديدا بين التزامات المرافق العامة والتزامات المشروعات المنشأة بنظام الـ (B.O.T.)، فإن المشروعات الأخيرة لا تخضع لهيمنة السلطة العامة إذ أن الكلمة الأخيرة فى قواعد تنظيمها وتسييرها تكون متروكة لتقدير شركة المشروع فى ضوء الالتزامات المنصوص عليها فى العقد والقوانين التى تحكمه[٢] . ولا يعنى ذلك انعدام الدور الرقابى للدولة على المشروع، ولكن يعنى أنه ليس لها دور فى عملية التسيير والإشراف، أو التدخل فى تسعير الخدمة إلا فى الحدود المنصوص عليها فى العقد .

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T.) أو البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T.)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٨؛ الدكتور/ سامى عبد الباقى أبو صالح: الإطار التشريعى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص (B.O.T., B.O.O.T.)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ B.O.T. المنعقد فى شرم الشيخ، سنة ٢٠٠١، ص ١٥.

(٢) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٤٤ - ٢٤٧.

(ب) : من حيث شروط عقد الامتياز :

يفترض عقد امتياز المرفق العام - بمفهومه التقليدى - قيام الملـــتزم بتقديم خدمة مباشرة إلى الجمهور وحصوله على مقابل لـــهذه الخدمـــة مـــن المنتفعين أو المستخدمين للمرفق، وهذا الأمر قـــد لا يحدث بالفعل فى ظـــل نظام الــ (B.O.T.) إذ تنص بعض عقود هذا النظام على قيام الدولة بالالتزام بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع، مثـــل شـــراء منتـــج الشركات التى تقوم ببناء محطات الكهرباء أو المياه، على أن تقوم هى بعـــد ذلك بتوزيع هذه الطاقة الكهربائيـــة أو المياه على جمهور المســـتهلكين، وأى تعديل من قبل جهة الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتعاقد عليه بينها وبيـــن شركة المشروع لشراء منتجات الشركة، لا يعد فـــى مفـــهوم عقـــود الـــ (B.O.T.) تعديلا لتعريفة أسعار الخدمـــة للجمـــهور، أى تعديـــلا للشـــروط اللائحية، وهو الأمر الذى لا يجوز قانونا، إلا باتفاق الطرفيـــن، وإلا الـــتزم المخالف بتعويض الطرف الآخر[١].

ذلك أن عقد الامتياز - على الراجح فقها وقضاء[٢] - يحتوى علـــى نوعين من الشروط:

١ - شروط تعاقدية، تحكمها قاعدة أن (العقد شـــريعة المتعـــاقدين): وهـــى الشروط التى لا تؤثر فى كيفية أداء الخدمة للمنتفعيـــن، والتـــى يمكـــن الاستغناء عنها لو أن الإدارة تولت استغلال المرفـــق بنفســـها، وهـــى الشروط التى تنظم العلاقة المالية بين الملتزم والسلطة مانحة الالـــتزام، ومنها النصـــوص المتعلقة بمدة الالتزام، وطريقة اســـترداده، وطريقـــة

---

(١) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: "الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التـــى يتـــم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل فى مصر، بحـــث منشور، بمجلة القانون والاقتصاد، العدد رقم ٦٩، لسنة ١٩٩٩، ص ١٨٤.

(٢) الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٩.
الدكتورة/ سعاد الشرقاوى، العقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٢ وما بعدها.
- محكمة القضاء الإدارى، القضيتان رقما ٤٨٥، ١٣٦٧ لسنة ٧ ق، جلســـة ١٩٩٧/١/٢٧، المجموعة السنة ١١، ص ١٦٠.

تنفيذ الأعمال اللازمة لإنشاء المرفق، وهذه النصوص التعاقدية لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين[١].

٢ - شروط لائحية: وهى الشروط التى تملك الإدارة تعديلها فى أى وقت وفقا لحاجة المرفق العام، سواء كانت تتعلق بالاستغلال أو تتعلق بتنظيم المرفق وتسييره، أو تتعلق بتحديد الرسوم، ومواعيد تقديم الخدمة، وشروط الانتفاع، وهذه الشروط اللائحية يجوز للإدارة تعديلها بالحذف والإضافة أو التعديل فى أى وقت، دون توقف على رضاء الملتزم[٢].

هذا هو التقسيم المتبع للشروط الواردة فى عقود امتياز المرافق العامة، إلا أنه فى ظل عقد الـ (B.O.T.)، قد يكون هذا التقسيم مقبولا عندما يقوم المستثمر أو (شركة المشروع) بتقديم خدماته مباشرة إلى الجمهور، أما فى الحالات التى تقوم فيها الجهة الحكومية المتعاقدة بشراء الخدمة من شركة المشروع، ثم تقوم هى نفسها بإعادة بيعها للخدمة للجمهور بعد ذلك، فلا محل للقول بالتفرقة بين الشروط التعاقدية والشروط اللائحية.

على أنه فى جميع الأحوال فإن التفرقة بين الشروط التعاقدية، والشروط اللائحية، أمر عسير جدا فى ظل نظام الـ (B.O.T.)، حيث تختلط تلك الشروط بعضها بالبعض، وإعطاء جهة الإدارة سلطة تعديلها بإرادتها المنفردة قد يدمر الأساس الاقتصادى لهذه المشروعات، والتى قد تصل تكلفتها إلى مئات الملايين من الدولارات. وعندئذ يلتزم الطرف المخل بدفع التعويض عن الإخلال بأى من هذه الشروط[٣].

---

(١) فالنصوص التعاقدية فى عقد التزام المرفق العام تخضع لقواعد القانون المدنى، فلا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا باتفاق المتعاقدين، وهى النصوص المتعلقة بما ينشئه عقد الالتزام من حقوق والتزامات شخصية للملتزم.

راجع الدكتور/ عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثانية، ١٩٨٩، ص ٣٧١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى القضية رقم ١٣٦٧، لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧، المجموعة، السنة ١١، ص ١٦٠.

(٣) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين، البحث، سالف الإشارة إليه، ص ١٨٢، ١٨٣.

من كل ما سبق نخلص إلى القول بأن هناك اختلافا جوهريا بين عقد امتياز المرفق العام، وبين عقد الـ (.B.O.T)، هذا الاختـلاف يحـول دون إمكانية إخضاع العقد الأخير للقواعد القانونية المنظمة للعقد الأول، ويستند اختلاف الطبيعة بين العقدين، إلى العديد من الأسباب من أهمها انتماء عقد الـ (.B.O.T) إلى طائفة عقود القانون الخاص، غير أن هناك أسباب عملية واقتصادية أخرى ترجح إضفاء الطابع الخاص على عقـود الـ (.B.O.T) وسوف نتولى بحثها فى المبحث التالى.

المبحث الثانى

عقد الـ (.B.O.T) من قبيل عقود القانون الخاص

رأينا - فيما سبق - أن عقود الـ (.B.O.T)، لا يمكن إخضاعها للقواعد المنظمة للعقود الإدارية لعدم توافر شروط العقد الإدارى فى تلك العقود، كما رأينا أن هذه العقود لا يمكن ضمها إلى عقود امتياز المرافق العامة لعدم توافر أركان عقد امتياز المرفق العام فى هذه العقود، فضلا عن اختلاف كل من العقدين، فى الطبيعة والشروط.

لذلك يذهب الرأى الراجح[١] إلى أن عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع (.B.O.T) من عقود القانون الخاص، ومن ثم تخضع لقواعد القانون المدنى أو القانون التجارى، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادى.

ويؤسس هذا الرأى على الأسانيد والحجج التالية:

(أ) جميع عقود الـ ".B.O.T" فى مصر تقوم على أساس مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين"، ويسودها مبدأ "سلطان الإرادة"، ولهذا تعد عقودا من عقود القانون الخاص. وهذه العقود من الناحية العملية، تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين، ودون أن يكون للجهة الحكومية المتعاقدة سلطات تميزها عن الطرف الآخر، فليس فيها شروط استثنائية غير مألوفة فى تعامل الأفراد بعضهم مع بعض، فالتعامل يتم على قدم المساواة.

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت فايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ".B.O.T"، أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (.B.O.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٨، ٢٩؛ الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التى يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل فى مصر، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد رقم ٦٩، سنة ١٩٩٩، ص ١٨١ وما بعدها. الدكتور/ سامى عبد الباقى أبو صالح: الإطار التشريعى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص (.B.O.T)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى لمشروعات الـ (.B.O.T)، المنعقد فى شرم الشيخ عام ٢٠٠١.

(ب) - الصفة الاقتصادية لعقد الـ "B.O.T." :

إن نظام الـ "B.O.T." صورة حديثة من صور تمويل المشـروعات حيث يقوم القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله، لذلك يتعين على الدولة أن تتعاقد مع القطاع الخاص بشأن هذا الإنشاء والتمويل، طبقـا لآليات اقتصاد السوق، التى تقتضى التعامل مع القطاع الخاص علـى قـدم المساواة، وعدم استخدام أساليب وامتيازات السلطة العامة، الأمر الذى تأبـاه طبيعة عقود امتياز المرافق العامة، وهو الأمر الذى يجعل من بعض القواعد والأحكام السارية على عقود امتياز المرافق العامة لا تصلح للتطبيق علـى نظام الـ "B.O.T."[1]، وهو الأمر الذى استدعى تعديل القانون رقـم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شـأن التزام المرافق العامة بمقتضى قوانين حديثة خاصـة، فى المجالات التى رأت الدولة تنفيذ المشروعات فيها بنظام الـ "B.O.T."، مثل القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ فى شأن قطاع الكهرباء، والقانون رقـم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٧ فى شأن قطاع الطرق، والقانون رقم (٣) لسـنة ١٩٩٧ فى شأن قطاع المطارات.

وكل هذه القوانين قد جاءت للتخفيف من غلواء أحكام القانون رقـم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فأجازت جميعها منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيـد على ثلاثين عاما على خلاف أحكام المادة الأولى من القانون سالف الذكـر، ويسمح هذا التعديل بتجديد منح الـترخيص بالتشـغيل لـذات المسـتثمر، وتطويل ومد خدمات المشروع فى حالة انتهاء المدة الأصلية للتعاقد.

كما ألغت جميع القوانين الحديثة المشار إليها الحـد الأقصـى لأيـة أرباح تحصل عليها شركة المشروع، وذلك على خـلاف المـادة (٣) مـن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، التى تنص على أن "لا يجـوز أن تتجـاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق عشـرة فى المائـة

---

(١) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين، البحث سالف الذكر، ص ١٨٢ وما بعدهـا. الدكتـور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، ص ٩١.

من رأس المال الموظف والمرخص به، وذلك بعد خصم مقـــابل اســتهلاك رأس المال".

كما أن القوانين المشار إليها على خلاف القانون رقــم ١٢٩ لســنة ١٩٤٧ وتعديلاته اكتفت بموافقة رئيس مجلس الوزراء،على منح الـترخيص، دون حاجة إلى استصدار قانون بمنح الالتزام وذلك تحقيقا لقدر أكــبر مــن المرونة.

وكذلك لم تلزم القوانين المشار إليها، الجهة الحكومية التــى تتعــاقد على إنشاء المشروع باتباع أحكام قانون المناقصات والمزايدات فى اختيــار المتعاقد مع الإدارة "أى الشركة التى تتولى إنشاء وتشغيل المشروع"، وإنمــا تركت لها الحرية فى الاختيار شريطة اتباع مبدأ المنافسة والعلانية[١].

ولعل المشرع قصد من هذه النصوص فى القوانين المشــار إليــها التخلص من أهداب نظام المرفق العام، لتشجيع الاستثمار الخاص، وتيســير سبل التعامل بشأنه. بغية الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد الســوق، مع الأخذ فى الحسبان تأثير تيار العولمة التى سادت أغلب دول العــالم فــى الآونة الأخيرة، وما ترتب عليه من زيادة العقود التى تبرمها الدولة، وتقييــد سلطة الإدارة فى مواجه المتعاقــد الآخر، واتساع نطاق الشروط الاتفاقية فى العقود المذكورة، تأثرا باقتصاد السوق الذى يتحرر بالضرورة من أســاليب وأوامر الإدارة.

(ج) إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد بذات الأساليب التى يتعاقد بها الأفراد[٢]، ويترتب على ذلك أن العقــود التــى تبرمــها الدولة مع طرف أجنبى لإنشاء المشروعات بنظام الـــ "B.O.T." هــى عقود تتعاقد فيها الدولة بأســلوب القانون الخاص. ولا تستطيع الدولة

---

(١) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين، البحث سالف الإشارة إليه، ص ١٨٢ وما بعدها.

(٢) انظر:

Well (P.) Droit international puplic ct Droit Administratif, Melanges, trotabas, P. 527.

أو إحدى الهيئات التابعة لها أن تضمنها شروطا استثنائية، ذلك أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تضمن عقودها فى الداخل أساليب وامتيازات السلطة العامة التى تقوم على تمييز جهة الإدارة فى مواجهه المتعاقد معها، فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التى تحتوى على طرف أجنبى لأن سيادة الدولة محددة داخل إقليمها الجغرافى، ومن ثم عليها أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبيا[١] والقول بغير ذلك يعنى إحجام الشركات دولية النشاط والاتحادات المالية عن إبرام عقود ألـ "B.O.T." برغم حاجة الدولة إلى الاستثمارات الأجنبية[٢].

(د) ومن الناحية العملية فقد جرى العمل على أن يوضح أطراف التعاقد فى عقد الـ "B.O.T." أن عقدهم عقد مدنى وليس عقدا إداريا، أو تضمينه ما يشير إلى ذلك، مثل النص على عدم اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات التى تترتب على هذه العقود، وانعقاد الاختصاص للتحكيم أو للقضاء العادى، أو النص على أنه لا يجوز تعديل أى من بنود الاتفاق دون تفرقة بين هذه البنود إلا باتفاق الطرفين، فعلى سبيل المثال تنص المادة ٤/١٨ من اتفاقية شراء القوى الكهربائية، بنظام الـ "B.O.O.T." المبرم بين هيئة كهرباء مصر، وشركة "أنترجن سيدى كرير" فى ١٩٩٨/٧/٢٢[٣]، على أن "الهيئة حينما تتعاقد بهذا النظام فإنها تقوم بتصرفات خاصة وتجارية تخرج عن التزامات المرافق العامة، ولا غبار على مثل هذا الاتفاق ما دام لا يخالف النصوص

---

(١) انظر:

Ph, Le BOULANGE: les contrats enter Etats et éntreprises étrangers. Ed, economica 1985, P. 229.

(٢) الدكتور/ أحمد السعيد الزقرد، عقود الـ "B.O.T." وآليات الدولة العالمية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى السادس، لكلية الحقوق، جامعة المنصورة المنعقد فى ٢٦ – ٢٧ مارس ٢٠٠٢، ص ١٠، ١١، ورغم أن سيادته يسلم بأن عقود الـ "B.O.T." من عقود المرافق العامة إلا أنه ينفى عنها الصفة الإدارية ويعتبرها عقود مدنية لأن الدولة لا يمكن أن تضمنها أى شروط غير مألوفة.

(٣) راجع الاتفاقية، سابق الإشارة إليها، المادة (١٨ – ٤).

القانونية القائمة لأن هيئة كهرباء مصر وهى الجهة الإدارية المنوط بها تسيير مرفق الكهرباء مخولة طبقا للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦، الحق فى الالتجاء إلى القطاع الخاص لتقديم مثل هذه الخدمات"[١].

ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٣ من عقد إنشاء وتشغيل واستغلال مطار مرسى علم بنظام "B.O.T." على أن (إذا نشأ أى خلاف بين الطرفين حول تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما، فإذا لم يصلا إلى تسوية الخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه، فإذا لم يتفقا على ذلك يتم حسم جميع الخلافات التى تنشأ عن هذا العقد وفقا لنظام المصالحة والتحكيم بغرفة التجارة الدولية على أن يتم التحكيم فى لندن)[٢].

عقود الـ B.O.T. ذات طبيعة خاصة : (**تكييف كل عقد على حدة**)

وخلافا للرأيين السابقين يرى البعض[٣] أن كلا من الفكرتين سالفتى

---

(١) حين عرض مشروع هذا العقد على اللجنة الثالثة بمجلس الدولة لمراجعته، اعترضت على هذا النص واقترحت حذفه قائلة "وحيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن عقود امتياز المرافق العامة، هى من العقود الإدارية، وحيث أن ما تقدم يتعارض مع ما ورد بمشروع الاتفاقية من أن ما تتضمنه تلك التصرفات تعتبر خاصة وتجارية إذ أن مناط اعتبار العقد تجاريا هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام من أعمال بحسب الغرض الذى تسعى الشركة إلى تحقيقه. وما يترتب على ذلك من آثار واضحة فى مجال القانون التجارى، أما العقد الحالى المعروض فهو من العقود الإدارية الخالصة طبقا لصريح نص القانون – وجدير بالذكر أن الهيئة العامة لكهرباء مصر لم تأخذ باقتراح اللجنة الثالثة، راجع فى ذلك الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٤٥، هامش رقم (١).

(٢) انظر: عقد إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه.

(٣) أ. خالد بن محمد العطية: النظام القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٢، ٧٣.

الذكر غير سليمتين لأن عقود الـ "B.O.T." يتم عقدها من خلال نظم قانونية مختلفة، ولكل عقد ظروفه الخاصة، بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة تقضي بأن عقد الـ "B.O.T."، عقد مدنى أو عقد إدارى، لذا لا بد من تكييف كل عقد على حدة، فى ضوء شروطه وعناصره وأيضا الظروف والملابسات التى أحاطت به، بحيث يكون التكييف متسقا تماما مع جوهر وحقيقة العقد، وكاشفا فى الوقت ذاته عن الخصوصية التى تميز كل عقد على حدة، وبناء على هذا التكييف الواقعى، قد يعتبر عقد الـ "B.O.T." عقدا إداريا أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة على حدة - وفقا لشروط العقد - لذلك قد يختلف تكييف العقد من حالة إلى أخرى، أو بالأحرى من مشروع لآخر، وترتيبا على ما تقدم، فإن العقود التى تبرمها الدولة مع المستثمر ليست ذات طبيعة واحدة، ولا تخضع لنظام قانونى واحد، فتارة تكون عقودا إدارية، وتارة تكون من عقود القانون الخاص.

ويؤيد البعض[١] الرأى السابق على أساس أن عقود الـ (B.O.T.). هى عقود ذات طبيعة خاصة ورغم أن لها جذورا تنتمى إلى عقود الامتياز، إلا أن هناك العديد من الاختلافات بينهما. وأصبحت عقود الـ "B.O.T." يتم إبرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين، وأصبح لها مفهوما خاصا فى مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة، لذلك يصعب وضع تكييف محدد ثابت لهذه العقود، إنما يلزم مراجعة كل عقد على حدة، للبحث عما إذا كانت عناصر العقد الإدارى تتوافر فيه من عدمه، فإذا توافرت عناصر العقد الإدارى مكتملة كان العقد إداريا، وإلا كان مدنيا.

---

(١) الدكتور/ أنس قاسم جعفر، سابق الإشارة، إليه ص ٨٣.

وأيضا: الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T.) فى مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٩٦، ١٩٧، حيث يرى: "أن العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبى "B..O.T." ليست ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانونى واحد، فهى فى بعض الحالات تكون عقودا إدارية، وفى البعض الآخر تعد من عقود القانون الخاص، والعبرة فى ذلك بتحليل كل عقد على حدة لمعرفة أركانه، ووضعه تحت النظام القانونى الذى يحكمه".

عقود الـ .B.O.T يمكن أن تكون عقوداً إدارية فى فرنسا ولكنها عقود مدنية فى مصر :

ذهـــب رأى آخر[١] إلى أن عقود الـــ "B.O.T." فى فرنسا يمكن أن تكـــون عقود التزام إدارية تخضع للقانون الإدارى، أما فى مصر، فإن هذه العقود تعتبر عقودا مدنية تخضع لقواعد القانون المدنى، وقد استند هذا الرأى علـــى اختلاف المعيار المميز للعقد الإدارى فى مصر عنه فى فرنسا٠ ففى حين يشترط القضاء الإدارى فى مصر توافر اجتماع معايير ثلاثة هـــى: أن تكون الإدارة طرفا فيه، وأن يتضمن شروطا غير مألوفة، وأن يتصل بنشاط مـــرفق عام٠ فإن مجلس الدولة الفرنسى يكتفى بأحد هذه العناصر، لإسباغ الصـــفة الإداريـــة على العقد، ولما كانت هذه العقود لا تتضمـــن شروطـــا اســـتثنائيـــة، فإنهـــا تكون مدنية فى مصر وإدارية فى فرنسا نظرا لاتصاله بنشاط مرفق عام، أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفا فيه٠

وقد انتقد بعض أنصار نظرية إضفاء الطابع الإدارى على عقود الـــ "B.O.T."[٢] هذا الرأى بأن القول بأن عقود الـــ "B.O.T." هى عقود مدنية فـــى مصـــر نظـــرا لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية، ومن ثم يتخلف بشـــأنها أحـــد العناصر المميزة للعقد الإدارى٠ مردودا عليه بأن عقد التزام المـــرافق العامة هو عقد إدارى بطبيعته، أى أنه عقد إدارى بمجرد أن تكون الإدارة طـــرفا فيه وأن يتصل بنشـــاط مرفق عام لأنه حين تتعهـــد الإدارة لفـــرد أو شـــركة بـــإدارة وتشغيل مرفق، ومن باب أولى إنشائه يعتبر أمرا استثنائيا تتحقق به للعقد صفته الإدارية٠

---

(١) الدكـــتور/ ســـامى عـــبد الـــباقى أبو صالح: الإطار التشريعى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساســـية الممولة عن طريق القطاع الخاص .B.O.T. – B.O.O.T محاضرة ألقيت بمركز الـــبحوث والدراسات القانونية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، فى ١٣، ١٤ من أكتوبر ٢٠٠١، ص ١٥، وراجع أيضا، رسالته للدكتوراه بعنوان:

Les projets internationaux de construction menes selon la formule (B.O.T.) Droit Egyptien – Droit Francais. 2000 Paris. PP. 262 – 266.

(٢) الدكتور/ جابر جاد نصار، سالف الإشارة اليه، ص ٥٢.

ولكننا نعتقد أن هذا الرد معيب لأنه تحكم ومصادرة على المطلوب، ذلك أنه: إذا كان عقد التزام المرفق العام هو عقد إدارى بطبيعته فإن إدراج عقد الـ "B.O.T." فى عقود الالتزام يحتاج إلى إثبات توافر أركان العقود الأخيرة فى العقد الأول وقد أشرنا فيما سبق إلى أن هذه الشروط والأركان لا تتوافر فى عقد الـ "B.O.T.".

والقول بأنه عقد إدارى بمجرد أن تكون الإدارة طرفا فيه وأن يتصل بنشاط مرفق عام، يخالف ما أجمع عليه الفقه والقضاء بأن استعمال الإدارة أساليب وامتيازات السلطة العامة بتضمين العقد شروط استثنائية هو أهم معايير تمييز العقود الإدارية، فقد تبرم الإدارة عقودا كالتى يبرمها أفراد القانون الخاص، وقد يتصل العقد بنشاط مرفق عام ويكون عقدا مدنيا[١].

ومع ذلك فإننا نلاحظ على الرأى القائل بأن عقود الـ "B.O.T." عقود التزام مرفق عام فى فرنسا، لعدم اعتداد القضاء الفرنسى بالشروط الاستثنائية غير المألوفة كمعيار مميز للعقد، إنه يبنى على اتجاه غير مستقر فى القضاء الفرنسى، فقد أصبح مستقرا أن العقد الإدارى يقوم فى فرنسا - على عنصر ثابت وهو المعيار العضوى، وعنصر آخر متغير وهو المعيار التخييرى الذى يتمثل فى احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة أو الاتصال بنشاط مرفق عام، وتوافر أحدهما يسبغ على العقد الصفة الإدارية[٢]، ومع ذلك فغالبا ما يتجه القضاء الإدارى الفرنسى إلى نفى الصفة الإدارية عن العقد إذا لم يتضمن شرطا استثنائيا[٣].

---

(١) راجع ما سبق، ص ١٦٥ وما بعدها.

(٢) انظر:

- AUBY (J.M.) et DRAGO (R.) Contentieux administratifs, 3 ed 1984, T. 1, P. 378 ets.

- الدكتورة/ عزيزة الشريف: دراسات فى العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢٣؛ الدكتور/ عمرو أحمد حسبو، سابق الإشارة إليه، ص ٢٢.

(3) C. E. 6 Octobre 1965 – sieur Denise, R. P. 491.

هذه هى الآراء التى قيلت بشـــأن التكييـف القـانونى لعقـد الــــ "B.O.T."، فأيها يمكن ترجيحه؟

خلاصة : موقفنا من الخلاف حول التكييف القانونى لعقد الـ "B.O.T." :

من كل ما تقدم نخلص إلى القول بوجود اتجاهين متعارضين حـــول الطبيعة القانونية لعقد الــ "B.O.T." هما الرأى المؤيد لإضفاء صفة العقـــد الإدارى على هذه العقود، والــرأى المعارض لذلك والقائل بالطبيعة المدنيـة لهذه العقود، وعلينا الآن أن ننتقل لنمحص كلا من الرأيين للخروج بـــالرأى الذى نراه موافقا للواقع والقانون.

نقد الرأى القائل بإضفاء طبيعة العقود الإدارية على عقود الـ B.O.T.

لا نتفق مع الرأى القائل بإطلاق فكرة العقـد الإدارى علـــى عقـود الاستثمار التى تبرمها الدولة ومنها عقود الــ "B.O.T."، إذ أن سند القـــائلين بهذا الرأى أن جميع عقود الاستثمار تتعلق بتسيير مرفـــق عـام وأن أحـد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام وتتضمن العديـد مـن الشـروط الاستثنائية غير المألوفة فى القانون الخاص، ومنها المزايـــا العينيـة التـى تقررها الدولة للمستثمر، كالإعفاء من الضرائب والرسوم، وهذا الكلام ليـس صحيحا على إطلاقه، فالعديد من عقود الاستثمار قد لا تكون الدولة طرفـــا فيها، ولا تعتبر تبعا لذلك عقودا إدارية حتى لو كانت تتعلق بتسـيير مرفـق عام، وتتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة، وقد رأينا - فيما سبق - إجماع الفقه الإدارى على أن العقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخصـــا معنويا عامـلا لا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا بأى حال[1].

- راجع فى تفاصيل ذلك: الدكتورة/ ثورية لعيونى: معيار العقد الإدارى، رســالة دكتـوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(١) راجع ما سبق، ص ١٦٢ وما بعدها.

وقد تكون الدولة طرفا فى العقد ومع ذلك لا يعد عقدا إداريا متى تصرفت جهة الإدارة، لا بوصفها شخصا عاما، وإنما لجأت إلى التعاقد شأنها فى ذلك شأن الأشخاص الخاصة، متى كانت الشروط التى تضمنها العقد المبرم بين الجهة الحكومية وأحد أشخاص القانون الخاص هى من جنس الشروط التى توجد عادة فى عقود القانون الخاص[1].

ولهذا لا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه الإدارى[2] من أن المزايا التى أوردها قانون الاستثمار رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤، والذى حل محله الآن القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، تعد من قبيل الشروط الاستثنائية، وذلك لسببين:

السبب الأول: أن المستثمر إنما يستمد هذه المزايا من القانون مباشرة، لا من العقد الذى يبرمه مع الدولة، ويستفيد المستثمر من هذه المزايا، سواء فى صورة إعفاء من الضرائب أو الرسوم الجمركية، أو الحق فى تحويل العملة إلى الخارج أو تملك الأراضى ... إلى غير ذلك من المزايا[3].

السبب الثانى: إن المزايا التى جاء بها قانون الاستثمار سالف الذكر، إنما جاءت لصالح المستثمر فى مواجهة الدولة، وليس العكس، والفرض فى الشروط الاستثنائية التى تضفى على العقد الذى تكون الإدارة طرفا فيه، ويتعلق بتسيير مرفق عام - الصفة الإدارية - أن تكون مقررة لصالح جهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها، كأن تحتفظ الإدارة لنفسها بالحق فى امتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين، كحق فسخ

---

(١) راجع الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) الدكتور/ عبد المنعم محفوظ، سابق الإشارة إليه، ص ٤١٣، ٤١٤.

(٣) انظر فى عرض هذه المزايا بالتفصيل: الدكتور/ رمضان صديق محمد: الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمارات، دراسة مقارنة بين القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ على ضوء آراء الفقه والقضاء، مجلة التشريع المالى والضريبى، مايو وأغسطس ١٩٩٨، عدد خاص، ص ١٥٦.

العقد دون حاجة إلى تنبيه، ودون الالتجاء إلى القضاء، ودون خطأ من جانب المتعاقد الآخر، أو أن تشرك الإدارة المتعاقد معها فى استخدام أساليب القانون العام كمنحه الحق فى استخدام وسائل الإكراه ضد الغير[١].

لذلك لا تعتبر المزايا المقررة فى قانون الاستثمار من الشروط الاستثنائية التى تضفى على العقد الصفة الإدارية.

أما عن رقابة المشروعية على القرارات الاقتصادية التى تستهدف تشجيع الاستثمارات والربط بين هذه الرقابة وتكييف عقود الاستثمار[٢]، فهو قول غير منطقى ذلك أنه لا توجد أدنى صلة بين مسألة تكييف عقود الاستثمار، وبين مسألة الرقابة على القرارات الاقتصادية التى تستهدف تشجيع الاستثمارات.

وهكذا فإن الأسانيد التى إرتكن إليها أنصار نظرية إضفاء الطابع الإدارى على عقود الاستثمار هى أسانيد واهية لا تجد لها سندا من الواقع أو القانون، وإذا كان الأمر كذلك فإننا نميل إلى الاتجاه القائل بنزع الصفة الإدارية عن عقود الاستثمار ومن بينها عقود الـ "B.O.T."، ونرى أن الرأى الراجح هو الذى يرى أن هذه العقود من عقود القانون الخاص.

تقدير الرأى القائل بضم عقد الـ "B.O.T." إلي عقود القانون الخاص :

استنادا إلى ما أوردناه من عدم توافر شروط العقد الإدارى فى عقد الـ "B.O.T."، وانتفاء توافر أركان عقد التزام المرفق العام بشأنه، وانهيار الحجج التى قال بها أقطاب الفقه الإدارى لإضفاء الطبيعة الإدارية على عقد الـ "B.O.T." فإنه لا يبقى شيء يمكن أن يعتمد عليه لإضفاء الطبيعة الإدارية على تلك العقود إلا إذا أفصحت تلك العقود عن اتجاه أطرافها إلى جعلها من العقود الإدارية. فإذا لم تفصح تلك العقود عن ذلك، فليس أمامنا

---

(١) انظر فى الشروط غير المألوفة: المستشار / عبد المجيد فياض، سابق الإشارة إليه، ص ٣٢. المستشار/ حمدى ياسين عكاشة، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣. الدكتور، سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ٩٣ - ٩٦.

(٢) الدكتور/ عبد المنعم محفوظ، سابق الإشارة إليه، ص ٤١٤ وما بعدها.

إلا أن نرجح الرأى القائل بأن هذه العقود من عقود القانون الخاص • ذلك أن هذه العقود تبرمها الدولة أو الشخص ذو السلطة العامة على قدم المساواة مع المشروع الخاص الوطنى أو الأجنبى - المتعاقد معه - بل قد يتضمن العقد شروط مقيدة تلتزم بموجبها الجهة الحكومية المتعاقدة بألا تعدل فى شروط العقد إلا بعد موافقة الطرف الآخر •

فقد ترى الدولة المتعاقدة - على أثر التطورات الاقتصادية والاجتماعية وظروف التجارة الدولية - أن التذرع بوسائل القانون الخاص فى التعاقد هو أكثر تحقيقا للمصلحة الوطنية عندئذ تضع نفسها على قدم المساواة مع الأفراد، وعندئذ يخضع نشاطها للقانون الخاص، وتختص المحاكم القضائية دون القضاء الإدارى بنظر المنازعات التى يثيرها هذا النشاط، بل إن استبعاد أساليب القانون العام قد لا يكون نتيجة حتمية للطبيعة الخاصة للنشاط، بل مجرد أسلوب تلجأ إليه الإدارة - مختارة - كأسلوب عملى ناجح لمباشرة نشاطها الخاص، ولو كانت لهذا النشاط صفة المرفق العام، لأن تذرعها بوسائل القانون العام فى هذا الميدان قد ينفر الغير من التعامل معها، أو يجعله يقتضى ثمن للتعامل باهظا، وهو ما لا يسمح بنجاح المشروع على الإطلاق[١].

أما القول بأن خضوع العقد للقواعد العامة فى نظرية العقد فى القانون الخاص من شأنه أن يكرس نوعا من المساواة غير المنطقية بين المصلحة العامة، والمصلحة الخاصة، ويخلق نوعا من التوازن بين المصلحتين قد يؤدى إلى إمكانية توقف المرفق عن أداء الخدمة، فهذا التخوف لا مبرر له، للأسباب الآتية:

---

(١) انظر:

Desazars de Montgailhard, Les ceractéres de l`entreprise publique, Droit Sacial 1949, P.P. 8 – 11.

الدكتور/ أكثم الخولى: الاتجاهات الكبرى فى قانون المشروع العام، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثانى، أبريل - يونيه ١٩٥٩، ص ٣٢، ٣٣.

(أ) : لأن الدولة إذ تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص فى التعاقد فلأنها تعتقد أن هذا الأسلوب هو الأكثر توفيقا وتحقيقا للمصلحة العامة وهى تقرر ذلك بعد إجراء دراسات الجدوى اللازمة ودراسة مرافقها واحتياجاتها فى ظل ظروف السوق، وهى لا تتعاقد مع المتعاقد الآخر لتنفيذ المشروع إلا بعد أن تتأكد من ملائته وقدرته الاقتصادية ومعرفته التكنولوجية، وتختاره فى ظل منافسة عادلة تتمتع بالعلانية والشفافية.

(ب) : إن أى شخص من القطاع الخاص يتعاقد لتنفيذ المشروع له مصلحة مؤكدة فى أن يستمر المشروع فى تقديم خدماته حتى يتقاضى المقابل المالى لتلك الخدمات كى يستعيد أمواله ويسدد ديونه، ويحقق أرباحا مناسبة، كما أن الجهات المقرضة تقرض المشروع بضمان العائدات المتحققة منه ولها مصلحة أكيدة فى استمرار تدفق هذه العائدات لذلك فهى ستراقب أداء المشروع لخدماته ولن تسمح له بالتوقف[١].

(ج) : أن القانون الخاص يتضمن الكثير من الوسائل الحمائية فى حالة تقاعس المتعاقد مع الإدارة والتسبب فى توقف المشروع عن أداء خدماته، ومن هذه الوسائل إعادة الحال إلى ما كان عليه، والفسخ، والتعويض، وهى وسائل شديدة وقاسية إذ يترتب عليها ضياع الملايين على المتعاقد مع الإدارة لذلك فإنه سيحرص على توقى هذه الوسائل بأن يحرص على أن يستمر المشروع فى تقديم خدماته.

لكل هذه الأسباب نرجح الاتجاه الذى يذهب إلى أن عقود الـ "B.O.T."، من عقود القانون الخاص ومن ثم تخضع المنازعات الناشئة عنها للقضاء العادى، وإذا كان الأمر كذلك، فإن هناك تساؤلا يثور حول أى فرع من فروع القانون الخاص تنتمى هذه العقود. هل تنتمى إلى القانون المدنى أم إلى القانون التجارى؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه فى المبحث التالى.

---

(١) الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، ص ١٠٤، ١٠٥.

المبحث الثالث
عقد الـ "B.O.T." من قبيل العقود التجارية

تمهيد وتقسيم :

انتهينا في المبحث السابق إلى أن الرأى الراجح يذهب إلى أن عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع تنتمى إلى عقود القانون الخاص، ولكن من بين عقود القانون الخاص إلى أى أنواع هذه العقود يمكن ضم عقد الـ "B.O.T."؟ هل إلى العقود المدنية أم إلى العقود التجارية؟

يرى البعض[١] أن عقود الـ "B.O.T." تنتمى إلى العقود التجارية، وليس ذلك فحسب بل أن عقود الـ "B.O.T."، بنماذجها المتنوعة تعتبر من عقود التجارة الدولية التى تقوم على إقامة مشروعات استثمارية بمعرفة شركات دولية النشاط التى تقوم بالاستثمار المباشر أو غير المباشر داخل الدولة المتعاقدة، ويترتب على ذلك تضمين هذه العقود شروط متوازنة، وينص فيها - غالبا - على خضوع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم. وعلينا أن نبحث فى المعايير التى قال بها الفقه لتمييز العقود التجارية عن العقود المدنية، ثم نبين مدى إمكان اعتبار عقد الـ "B.O.T." من عقود التجارة الدولية.

وإذا كان الأمر كذلك فإنه يمكننا تناول هذا الفصل فى مبحثين على النحو التالى:

المطلب الأول: مدى تجارية عقد الـ "B.O.T.".

المطلب الثانى: مدى إمكانية اعتبار عقود الـ "B.O.T." من عقود التجارة الدولية.

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت فايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ..، سابق الإشارة إليه، ص ٢٨، ٢٩. الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية فى الدول النامية عن طريق نظام البوت "B.O.T."، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، المنعقد بالقاهرة فى ٢٨ و ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٨ - ١١. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، ص ١٠٧.

المطلب الأول

مدى تجارية عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."

المقصود بالعقد التجارى :

باستقراء نصوص التقنين التجارى الملغى والجديد على السواء، نلاحظ أن المشرع المصرى لم يضع تعريفا محددا للعقد التجارى.

لذلك فقد تصدى بعض الفقهاء[١] لتعريف العقد التجارى بقوله أن العقد التجارى هو العقد الذى يجريه التاجر إذا كان متصلا بحرفته التجارية، وقد انتقد هذا التعريف، حيث وصف بأنه تعريف ضيق يخرج الكثير من العقود عن الصفة التجارية فضلا عن تأثر صاحبه بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية[٢].

وتفاديا لهذا النقد ذهب البعض[٣] إلى تعريف العقد التجارى بأنه العقد الذى ينشىء فى ذمة أحد طرفيه أو ذمة طرفيه معا التزاما تجاريا.

وقد انتقد البعض[٤] هذا التعريف بأنه فيه خلط واضح بين العقد التجارى والالتزام التجارى وكل من الأمرين مختلف عن الآخر، كما أن هذا التعريف يوصف بالعمومية.

ومهما يكن من أمر هذه الانتقادات وفحواها، فإن الملاحظ لنا من خلال مطالعة كل التعريفات السابقة التى قال بها الفقه في شأن بيان المقصود بالعقد التجارى أن كل التعريفات تدور حول نظرية الأعمال التجارية العامة ومعيار التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى بخاصة.

---

(١) الدكتور/ عبد الحى حجازى: العقود التجارية، ١٩٥٣، ص ١٦.

(٢) الدكتور/ سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٥ هامش (١)، (٢).

(٣) الدكتور/ على جمال الدين عوض: العقود التجارية، ص ٤٠.

(٤) الدكتور/ زكى شعراوى: العقود التجارية، ١٩٦٥، ص ١٩٦. الدكتور/ على البارودى: العقود وعمليات البنوك التجارية، طبعة ١٩٦٦، ص ٦.

ولا شك أن فكرة العمل التجارى ومدى تميزه ومعيار التفرقة بينه وبين العمل المدنى يعد من الأمور المختلف عليها بين النظريات الفقهية ولهذا نعتقد أن نقطة البداية هى التى دفعت بعض فقهاء القانون التجارى[١] إلى القول بافتقار العقود التجارية إلى كيان مستقل · متميز عن بقية العقود الأخرى وبصفة خاصة العقود المدنية ·

ومن جانبنا لا نتفق مع فقهاء القانون التجارى حول نقطة البداية التى ارتكز عليها الفقه فى محاولته لبيان المقصود بالعقد التجارى كما لا نسلم بأن العقد التجارى هو فى حقيقته عقدا مدنيا وأن الصفة التجارية لحقت به من جراء صفة فى أطراف العقد أو نتيجة التأثر بطبيعة العمل الذى يرد عليه العقد فانخلعت عليه الصفة التجارية نتيجة هذا التأثير لذلك نرى أن العقد التجارى عقد قائم بذاته ومستقل عن بقية أنواع العقود الأخرى سواء كانت مدنية أو إدارية وإن كنا نسلم بوجود قواعد عامة مشتركة تسرى على جميع العقود مهما كانت أنواعها لأن بدون هذه القواعد المشتركة لا يمكن أن نتصور وجود فكرة العقد أصلا، ومن جانبنا نعرف العقد التجارى بأنه الذى ينشأ بمثابة الاستغلال لمشروع اقتصادى· وبهذا التعريف يمكن تفادى

---

(١) ينتقد الفقه تسمية العقود التجارية، رغم استقرار الفقه عليها، لأنها توحى بوجود نوعين من العقود مدنية، وتجارية، على خلاف الواقع· فالعقد لا تتغير أركانه وعناصره تبعا لما إذا كان مدنيا أو تجاريا، والنظرية العامة للالتزامات تطبق على كافة العقود، دون تفرقة، والعقود التى تنظمها – عادة – المجموعة المدنية تكون إما مدنية أو تجارية بحسب القصد من إجرائها عند التعاقد وصفة القائمين بها وفقا لنظرية الأعمال التجارية· راجع فى ذلك: الدكتورة/ سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٥. الدكتور/ أكثم الخولى، العقود التجارية، طبعة ١٩٥٧، ص ٣. الدكتور/ حسنى المصرى: القانون التجارى والعقود التجارية والإفلاس، ١٩٨٧ – ١٩٨٨، ص ٣. الدكتور/ مصطفى كمال طه: القانون التجارى (الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)، ١٩٨٨، ص ٣٠٥. الدكتور/ عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك، طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ص ٥. الدكتور/ محمد بهجت قايد: العقود التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٥.

الكثير من الانتقادات التى وجهت إلى الآراء الفقهية التى تم سردها - فيما سبق - بشأن بيان المقصود بالعقود التجارية وعلاقتها بالعقود الأخرى[١].

فالعقد إذن يكون تجاريا إذا كان محل العقد عملا تجاريا بنص القانون[٢]، كما يعد العقد تجاريا إذا قام به التاجر لحاجات تجارته وفقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، والأصل فى عقود التاجر والتزاماته أن تكون تجارية إلا إذا ثبت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية[٣].

وإذا كان علينا أن نبحث فى الطبيعة التجارية لعقود الـ "B.O.T." ومدى إمكانية إدراجها ضمن العقود التجارية، لابد أن نبحث فى معايير تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال الأخرى، ونبحث أيضا صفة القائمين بهذه العقود والآثار المترتبة على اكتساب العقد للصفة التجارية.

وإذا كان الأمر كذلك فإننا سنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع:

الفرع الأول: المعايير التى قال بها الفقه للتمييز بين الأعمال التجارية والمدنية.

الفرع الثانى: مدى خضوع عقود الـ "B.O.T." لأحكام القانون التجارى.

الفرع الثالث: المركز القانونى لطرفى عقد الـ "B.O.T.".

الفرع الرابع: الأثر المترتب على اكتساب عقد الـ "B.O.T." للصفة التجارية.

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: العقود التجارية طبقا لنصوص قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، ٢٠٠٠، ص ١٥٩.

(٢) راجع مواد الفصل الأول من الكتاب الأول من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بإصدار قانون التجارة، الجريدة الرسمية، العدد (١٩) مكرر فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩.

(٣) المادة (٨) من قانون التجارة.

الفرع الأول

المعايير التى قال بها الفقه للتميز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية

يتنازع تحديد العمل التجارى وتمييزه عن العمل المدنى نظريتان هما، النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، ودراستنا لكل من النظريتين تكون فى إطار الهدف من البحث. وهو مدى إمكان إدراج عقود ألـ "B.O.T." ضمن العقود التجارية.

أولا : النظرية التقليدية : من المعلوم أن الفقه قد اقترح عدة ضوابط ومعايير للتمييز بين العمل التجارى والعمل المدنى منها معيار المضاربة ومعيار التداول، ومعيار المشروع، ومعيار الحرفة التجارية.

فطبقا لمنطق معيار المضاربة لا يكون العمل تجاريا إلا إذا كان الهدف منه تحقيق الربح. فالربح يعد من أهم مميزات وخصائص النشاط التجارى. وبناء على ذلك، فكل عمل يتم بقصد تحقيق الربح يعد عملا تجاريا[١].

---

(١) د. أبو زيد محمود رضوان: مبادئ القانون التجارى، ١٩٩٧، ص ٩٧.

وانظر فى نقد هذا المعيار:

LYON CAEN et RENAULT "L."; traite élémentaire de droit commercial. T. 1 – 3 édition. N° 103.

الدكتور/ محسن شفيق: الوسيط فى القانون التجارى المصرى، ج ١، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثالثة، ١٩٥٧، ص ٤٢، الدكتور/ محمود الشواربى: الأعمال التجارية فى ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٢، ص ١١٤؛ الدكتورة/ هدى مجدى: معيار تجارية النزاع وتطبيقاته بين قانون التجارة الجديد وقانون التحكيم المصرى، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى، فى ١، ٢/٦/٢٠٠٠، ص ١٠؛ الدكتورة/ سميحة القليوبى، شرح قانون التجارة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٩٢؛ الدكتور/ فايز رضوان: مبادئ القانون التجارى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠/٢٠٠١، ص ١١٢.

ووفقـا لمعيار التبادل[١] لا يعد العمل تجاريا إلا إذا تعلق بالوسـاطة فى تبادل الثـروات بين عمل المنتج وعمـل المستهلك، فكل عمل يسـاعد على انتقال وتوزيع الثروات يعد عملا تجاريا.

ويذهـب جانب[٢] من الفقه إلى المـزج بيـن فكرتـى المضاربـة والتداول، بحيث يصبح العمل تجاريا متى كان يهدف إلى تداول الثروة بقصد تحقيق الربح.

أمـا عن معيار المقاولة أو المشروع فينطلق[٣] - ابتداء - من توافر

---

(١) راجع فى عرض هذا المعيار: الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: القانون التجـارة، ١٩٨٢، ص ٤١. الدكتور/ محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول: الأعمـال التجارية والتاجر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٠٨. الدكتور/ محمد بـهجت قـايد: القانون التجارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٤٤. الدكتورة/ نادية محمـد معـوض: القانون التجارى وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ٣٦.

ويؤيد هذا المعيار الفقيه الفرنسى:

THALLER et PERCEROU , traité élémentaire de droit commercial, 1939, p. 13.

ويهاجم هذا المعيار كل من:

هامل ولاجارد: المطول فى القانون التجارى، الجزء الأول، ١٩٥٤، فقرة ١٤٧.

Yves GUYON, droit des affaires, droit commercial général et soiciétés, 1980. P. 50.

(٢) انظر:

LACOUR et BOUTERON, Précis de droit commercial, Tome. 1, 1925, N° 28.

- الدكتور/ أكثم الخولى: الموجز فى القانون التجارى، ص ١٦٩؛ الدكتور/ محمود مختـار بريرى، سابق الإشارة إليه، ص ١١٩.

- الدكتور/ مصطفى كمال طه، سابق الإشارة إليه، ص ٥١.

HAMEL et LAGARDE. Traite de droit Commercial. Tome I. 1954. N°. 149.

(٣) يعتبر الفقيه الإيطالى "Vivante" أول من نادى بنظرية المشروع. انظر فى ذلك: -

ركن الاحتراف مع استلزام وجود بعض المظاهر المادية الخارجية التى تنبئ عن وجود المشروع، مع التكرار المهنى للأعمال التجارية، والذى يستند على تنظيم سابق.

وأخيرا فإن معيار الحرفة التجارية[1]، والذى بمقتضاه يعتبر العمل تجاريا إذا تم من خلال الحرفة "التجارية"، أى إذا وقع بمناسبة مزاولة حرفة تجارية. وتفريعا على ذلك يعد العمل مدنيا إذا لم يكن متعلقا بمزاولة الحرفة التجارية ولو وقع من تاجر.

إلا أن كل الأفكار التى قيل بها فى ظل المعيار التقليدى لا تصلح - منفردة - لتمييز العمل التجارى عن العمل المدنى، لذلك نادى البعض[2] بالجمع بين أكثر من معيار لتمييز العمل التجارى، بينما اتجه البعض الآخر إلى الأخذ بالمعيار الحديث الذى سنعرض لفكرته فى الفقرة التالية. وهو ما

= MICHEL, de JUGLART et Benjamin IPPOLITO. Cours de droit Commercial, Premier. Volume. Onziéme édition. 1995. N°, 77.

وانظر فى نقد هذه النظرية :

- ESCARRA et RAULT, Principes de droit commercial T. 1. Paris 1952,P. 60.

- الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: القانون التجارى، ص ٤٢. الدكتور/ حسنى عباس: القانون التجارى، ج ١، ١٩٦٦، رقم ٩٣، ٩٤. الدكتور/ فايز رضوان، سابق الإشارة إليه، ص ٨٠.

(١) انظر:

- G. RIPERT et ROBLOT, traite élémentaire de droit commercial T, I, 1993, N° 300, P. 194.

(٢) الدكتور/ أحمد محمد محرز: القانون التجارى، ١٩٩٤، بدون ناشر، ص ٤٦. الدكتور/ محمد بهجت قايد: القانون التجارى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٨. الدكتورة/ نادية محمد معوض، سابق الإشارة إليه، ص ٣٧. الدكتور/ مصطفى كمال طه: القانون التجارى، ج ١، ١٩٨١، ص ٥١. الدكتورة/ سميحة القليوبى، القانون التجارى، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٢، ص ٥١.

يصدق بشكل واضح على مشروعات الـــــ "B.O.T." إذ تمارســه شــركة المشروع بمناسبة مزاولة حرفتها التجاريـــة، ويتعلــق باســتغلال مشــروع تجارى٠

ثانيا : النظرية الحديثة :

لا يسلم الفقه الحديث[١] بالنظرية التقليدية للأعمال التجارية، ويوجــه إليها انتقادات عديدة، إذ يرى أن النظرة المجردة إلى أعمال معينة ووصفـــها بالتجارية لا تكون مقبولة إلا من خلال ربطها بفكرة اســتغلال المشـــروع التجـــارى، فالأعمال التجارية هى الأعمال التى تقـــع بمناســبة اســتغلال مشروع تجارى والذى يشكل وحدة اقتصادية، تقــوم بـــأنواع الاستغـــلال الاقتصادى، سواء تمثل ذلك فى استغلال تجارى بالمعنى التقليدى أو استغلال زراعى أو استخراجى أو صناعى، أو مالى وهــذا هو المعيار الذى أخذ بــه قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المـــواد المدنية والتجارية حيث نص فى المادة الثانية على معيار التجاريـــة، وطبقـــا لهذا المعيار يكون التحكيم تجاريا "إذا نشأ النزاع حول علاقـــة قانونيـــة ذات طابع اقتصادى سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية"[٢].

---

(١) الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: مفهوم التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيـــم المصـــرى الجديد، مقال بمجلة التحكيم، العدد الأول، مايو ١٩٩٩. وانظر أيضا مؤلـــف ســـيادته فـــى: القانون التجارى، طبعة ١٩٨٢، ص ٣٨ وما بعدها٠ الدكتور/ محمـــود مختـــار بريـــرى: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانيـــة، ١٩٩٩، ص ٢٧. الدكتـــور/ محمد عبد الحميد القاضى: العقود التجارية طبقا لنصوص قانون التجارة الجديد، بدون ناشـــر، ص ٢٠، الدكتورة/ هدى مجدى، البحث سالف الذكر، ص ١٦.

(٢) كانت المادة الثانية من الباب الأول كما وردت فى المشروع المقدم من الحكومة تنص علـــى أن "يكون التحكيم تجاريا إذا نشأ النزاع حول أزمة قانونية ذات طابع تجارى عقدية كـــانت أو غير عقدية٠ وقد عدلت لجنة الصياغة عن هذه المادة ليصبح نصها.كالتالى "يكـــون التحكيـــم تجاريا فى حكم هذا القانون إذ نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى – عقديـــة كانت أو غير عقدية ٠٠٠" وبذلك فقد استبدلت اللجنة عبارة "ذات الطابع الاقتصادى" بعبـــارة "ذات طابع تجارى" بهدف مواكبة التطور السريع فى مجال أنماط التجارة الدولية الذى -

ومن جانبنا نؤيد المعيار الحديث ونرى أن العقد التجارى هو العقد الذى ينشأ بمناسبة استغلال مشروع اقتصادى.

ولما كان الاتجاه الحديث فى الفقه الفرنسى والمصرى يذهب إلى أن المعيار الذى يطبق لتمييز العمل التجارى عن العمل المدنى يكمن فى معيار المشروع الاقتصادى باعتبار أن القانون التجارى المعاصر هو قانون النشاط الاقتصادى، ولما كانت عقود الـ "B.O.T." من أهم عقود التنمية الاقتصادية فى الوقت الراهن، وأكثرها تعلقا بالنشاط الاقتصادى والتجارى فإنها تعد من أهم العقود التجارية فى الوقت الراهن.

وهكذا نجد أن أعمال البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."، هى أعمال تجارية طبقا لجميع المعايير التى قال بها الفقه سواء فى ذلك النظريات التقليدية أو النظرية الحديثة.

= أدى إلى ظهور أنشطة حديثة لم تكن موجودة من قبل مما أصبح يعد من العسير وضع معيار جامع مانع لهذا النوع من العلاقات وعلى ذلك فسواء أكانت العلاقات تجارية أم مدنية طبقا للمفهوم التقليدى فهى تخضع لهذا القانون إذا اتسمت بالطابع الاقتصادى، وعلاوة على ذلك فإن عبارة ذات طابع اقتصادى تساعد على تجنب اختلاف التعاريف الواردة فى القوانين المختلفة لمعيار التجارية ولزيادة إيضاح المعنى فقد أورد المشرع عدة أمثلة يمكن القياس عليها.

ومن هذه الأمثلة التى نص عليها القانون واعتبرها من الأنشطة التجارية أو بالأحرى اقتصادية عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية وعقود التعمير وشق الطرق والأنفاق وإقامة المفاعلات النووية، وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية ومد أنابيب الغاز أو النفط. معنى هذا أن المشرع قد اعتبر عقود التنمية ومشروعات البنية الأساسية من الأعمال التجارية أو الاقتصادية وقد ذكرت هذه الأمثلة فقط لتعلقها بموضوع البحث.

- انظر تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية عن مشروع قانون التحكيم التجارى الدولى. ملحق رقم (١) مضبطة الجلسة الحادية والخمسين من دور الانعقاد العادى الرابع من الفصل التشريعى السادس التى عقدها مجلس الشعب فى ٢٠ فبراير ١٩٩٤، ص ٢١.

تعداد الأعمال التجارية :

على غرار القانون الفرنسى جاء القانون المصرى مؤسسا على النظرية الموضوعية[١]، ويتضح ذلك مما أوردته المواد الرابعة، والخامسة، والسادسة من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من تعداد لبعض الأعمال التجارية، كالشراء لأجل البيع أو التأجير، وأعمال البنوك والسمسرة والكمبيالة، مع الأخذ فى الحسبان أن هذا التعداد وارد على سبيل المثال.

ويترتب على ذلك أن المشرع المصرى يعتبر القانون التجارى قانون الأعمال التجارية مهما كانت صفة القائم بها، وسواء أكان محترف القيام بها أم غير محترف[٢]، إلا أن المشرع المصرى لم يأخذ بالنظرية الموضوعية على إطلاقها، إنما طعمها - كما هو الحال فى القانون الفرنسى - بالنظرية الشخصية، ويبدو ذلك واضحا فى المادة العاشرة منه فى فقرتها الأولى التى تنص على أن "يكون تاجرا كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملا تجاريا".

ومما يدل على تبنى المشرع المصرى للنظرية الشخصية، أيضا نظرية الأعمال التجارية بالتبعية فوفقا لنص المادة الثانية تكتسب الأعمال

---

(١) نصت المادة الأولى من قانون التجارة الجديد على أن "تسرى أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية، وعلى كل شخص طبيعى أو اعتبارى تثبت له صفة التاجر"، ونصت المادة العاشرة على ما يلى: "يكون تاجرا: كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملا تجاريا"، ويتضح من هذين النصين تبنى المشرع المصرى للنظرية الموضوعية، فنطاقه يتحدد أولا سريانه على الأعمال التجارية وهو يسرى على الأشخاص إذا احترفوا هذه الأعمال، فالعمل التجارى هو أساس تحديد نطاق سريان القانون التجارى وهو أساس اكتساب صفة التاجر.

راجع الدكتور/ محمود مختار بريرى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٨. الدكتور/ أكثم الخولى، سابق الإشارة إليه، ص ١٧١.

(٢) الدكتور/ محمد بهجت فايد، سابق الإشارة إليه، ص ٣١. الدكتورة/ نادية محمد معوض، سابق الإشارة إليه، ص ٣٠.

المدنية الصفة التجارية لصدورها من تاجر لحاجات تجارته، فهى تصرفات مدنية أصلا، إلا أنها تفقد صفتها المدنية وتكتسب الصفة التجارية إذا ما باشرها تاجر بمناسبة تجارته وتخضع بناء على ذلك للقانون التجارى، ويتضح من ذلك أن شخصية القائم بهذه الأعمال هى التى تحدد طبيعته التجارية أو المدنية[١].

ومن ناحية ثانية لقد حسم المشرع ما كان يمكن أن يثار من تساؤل حول ما إذا كانت هذه الأعمال قد وردت على سبيل المثال أو على سبيل الحصر، حين نص فى المادة السابعة - صراحة - على أن هذه الأعمال إنما أوردها المشرع على سبيل المثال، وأن كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة فى المواد الرابعة والخامسة والسادسة لتشابه فى الصفات والغايات، يكون عملا تجاريا.

وبطبيعة الحال، لم ترد إشارة للأعمال التى تكون محلا لعقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع. فى الأعمال التجارية المنفردة أو "بطبيعتها" ولما كانت أعمال عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع تتم على وجه الاحتراف فإن علينا أن نبحث فى الأعمال التجارية التى تتم على وجه الاحتراف كى نتحقق مما إذا كان ممكن ضم عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع إلى هذه الطائفة أم لا. وهو ما نبحثه فى الفرع التالى.

---

(١) تنص المادة الثامنة من قانون التجارة الجديد على أن:

١ - الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد تجارية.

٢ - كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته، مالم يثبت غير ذلك".

- انظر الدكتورة/ سميحة القليوبى: القانون التجارى، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٣٠.

الفرع الثانى

مدى خضوع عقود الـ "B.O.T." لأحكام القانون التجارى

الأعمال التجارية بطريق الاحتراف وموقع عقود الـ B.O.T. منها :

لم يقف المشرع عند حد اعتبار الأعمال التجارية المنفردة أو بطبيعتها هى المصدر الوحيد للأعمال التجارية، بل أورد الكثير من الأعمال التى يشترط لاعتبارها تجارية أن تتم بطريق المقاولة أو على وجه الاحتراف، فجاء النص على ذلك فى المادة الخامسة من قانون التجارة الجديد[١]، إذ تصدرت هذه المادة بالنص على أن: "تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف"، وسرد تلك الأعمال فى ست عشرة فقرة (من أ إلى ع)، وعلينا الآن أن نحدد ما هو المقصود بمزاولة العمل على وجه الاحتراف، فإذا انتهينا من ذلك تطرقنا إلى تحديد موقع أعمال الـ B.O.T. من هذه الأعمال التى أوردها المشرع فى الفقرات الست عشرة والتى تعتبر تجارية إذا تم ممارستها على وجه الاحتراف.

المقصود بمزاولة العمل على وجه الاحتراف :

ذهب جانب من الفقه[٢] إلى أن العمل الذى تكون مزاولته على وجه الاحتراف هو العمل الذى يتم على شكل مقاولة، ويشرح الأعمال الواردة فى فقرات المادة الخامسة تحت عنوان "مقاولات"، مثل مقاولات التوريد، ومقاولات الصناعة .... الخ. ومعنى ذلك أن عبارة (مزاولة العمل على

---

(١) المادة (٥) ليست مستحدثة إلا فى بعض أنواع المقاولات، ذلك أن المادة الثانية من التقنين القديم كانت تنص على مقاولة كل من الصناعة والوكالة بالعمولة والنقل والتوريد والمحلات والمكاتب التجارية، وإنشاء المبانى مع توريد الأدوات والأشياء والبنوك والصرافة بالإضافة إلى الأعمال البحرية والأوراق التجارية.

(٢) الدكتورة/ سميحة القليوبى: القانون التجارى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٩٧ وما بعدها. الدكتور/ فايز نعيم رضوان: مبادئ القانون التجارى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠/٢٠٠١، ص ١٣٧ وما بعدها. الدكتورة/ نادية محمد معوض، سابق الإشارة إليه، ص ٦٧.

وجه الاحتراف) مرادف لتعبير (مقاولة) الوارد في قانون التجارة الملغى[١]، وطبقا لهذا الرأى ينبغى لكى يكون العمل تجاريا توافر شرطى المقاولة اللذين كان الفقه يقول بهما فى ظل القانون الملغى وهما:

١ - تكرار العمل بصورة مستمرة ومنتظمة تصل بالشخص إلى درجة احتراف هذا العمل.

٢ - أن يتم هذا التكرار من خلال تنظيم مهنى يتمثل فى مجموعة من الوسائل المادية (كالآلات والمعدات والمحل)، والبشرية (كالعمال والمستخدمين) وأن يضارب التاجر على هذه الوسائل[٢].

وهناك جانب[٣] آخر أحجم عن استخدام تعبير (مقاولة) بعد أن هجره المشرع فى نص المادة الخامسة من قانون التجارة الجديد، ولكنه ظل متمسكا بمضمون هذا التعبير، فمزاولة العمل على وجه الاحتراف تقتضى أن يتكرر وقوع العمل، وأن تكون ممارسته فى شكل تنظيم يستهدف تحقيق الغرض منه، وتتوافر فى التاجر مظاهر خارجية تنبئ عن هذا الاحتراف، كاتخاذ محل تجارى واستخدام الفنيين والعمال.

بينما يرى جانب آخر من الفقه[٤] أنه لا يشترط أن يزاول العمل من خلال تنظيم مهنى (محل ومعدات وعمال .... الخ)، بل يكفى أن

---

(١) المادة الثانية.

(٢) الدكتور/ مصطفى كمال طه: الوجيز فى القانون التجارى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١، ص ٦٩. الدكتور/ على البارودى: القانون التجارى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٥، ص ٥٣. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، ص ١٢١.

(٣) الدكتور/ محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، ص ٧٨؛ الدكتور/ ثروت على عبد الرحيم: شرح القانون التجارى المصرى الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٨٦.

(٤) الدكتور/ عاشور عبد الجواد عبد الحميد: مفهوم الأعمال التجارية على وجه الاحتراف فى ضوء المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بحث مقدم إلى المؤتمر =

يباشر الشخص العمل على نحو مستمر ومنتظم بغية الحصول على الربح لكسب أسباب العيش.

ونرى أن المشرع وإن لم يستخدم كلمة مقاولة فى القانون الجديد، فإن تعبير الاحتراف الوارد فى صدر المادة الخامسة يتضمن أيضا مباشرة العمل فى شكل مشروع منظم يتوافر معه عنصر المضاربة على الأيدى العاملة وما يتطلبه المشروع من أدوات ومهمات، ويتضمن أيضا أن يتم هذا العمل على وجه الاحتراف أو التكرار والاستمرار، بحيث أنه إذا بوشر مرة واحدة فلا يعد من الأعمال التجارية.

ومن جانبنا نعتقد أن أعمال المشروعات الاستثمارية والإنشائية ومنها مشروعات الـ "B.O.T." من قبيل هذه الأعمال التى تتم على وجه الاحتراف أو (المقاولة) حيث أنها تباشر فى شكل مشروع منظم يتوافر معه عنصر المضاربة على المهمات والمعدات والأيدى العاملة، ويباشره المستثمر أو "شركة المشروع" على نحو مستمر ومنتظم بغرض الحصول على الربح مع ملاحظة أن قصد الربح يتضمن تحقيق أكبر قدر من العائد لتدعيم وتطوير النشاط وليس مجرد التعيش[١]. وبالتالى فإن هذه المشروعات تعد من قبيل الأعمال التجارية طبقا لكل من للرأيين سالفى البيان.

موقع أعمال مشروعات الـ "B.O.T." من الأعمال التى أوردها المشرع فى المادة الخامسة من قانون التجارة :

ذكرنا فيما سلف أن المشرع نص فى المادة الخامسة على أن: "تعد الأعمال الآتية تجارية إذا تم مزاولتها على وجه الاحتراف" وسرد تلك

= العلمى الثانى للقانونيين المصريين، المنعقد فى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، القاهرة فى ١، ٢/٦/٢٠٠٠، ص ٤. الدكتور/ هانى دويدار: القانون التجارى بين التنظيم الموضوعى والتنظيم الفنوى للتجارة، دراسة فى ضوء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١، ص ٥٧٩.

(١) الدكتور/ محمود مختار بريرى، سابق الإشارة إليه، ص ٧٨.

الأعمال فى ست عشرة فقرة من (أ إلى ع)، وجاء ضمن الأعمال التى تضمنتها هذه الفقرات:

....

"الفقرة (ل) مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها، ومقاولات الأشغال العامة".

واستنادا إلى هذا النص تعد كافة الأعمال المتعلقة بإنشاء المبانى من قبيل الأعمال التجارية بشرط أن يتعهد المقاول بتوريد الأدوات الأشياء اللازمة.

وهذه الفقرة تماثل المادة (الثامنة) فى التقنين القديم فيما يتعلق بتشييد العقارات، غير أن النص القديم كان يشترط أن يكون المقاول متعهدا بتوريد الأدوات والأشياء اللازمة لذلك، وقد حذفت هذه العبارة - فى النص الحالى - اكتفاء بأن اشتراط الاحتراف يكفى ولو كان توريد الأشياء والأدوات اللازمة لذلك من طرف طالب البناء. وقد تلافى المشرع القصور الذى شاب القانون القديم فنص صراحة على أن صفة التجارية لا تلحق بمقاولات تشييد العقارات فحسب وإنما تمتد لتشمل ترميم العقارات أو تعديلها أو هدمها أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة.

أما مقاولات الأشغال العامة فتشمل الأعمال التى تعهد بها جهات حكومية أو شبه حكومية إلى المقاولين والتى قد تعتبر بالنسبة للجهة الإدارية عقودا إدارية، وقد تكون عقودا مدنية حسب توافر أو عدم توافر شروط العقد الإدارى، كما أنها تعتبر بالنسبة للمقاول الذى يمارسها على وجه الاحتراف عملا تجاريا[١].

وينبنى على ما تقدم أن هذا النوع من المقاولات يشمل: تشييد المنازل والفنادق والمدارس والمستشفيات، وأماكن إيواء السيارات وتمهيد

---

[١] الدكتور/ محى الدين إسماعيل علم الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٨٤. الدكتورة/ نادية محمد معوض، سابق الإشارة إليه، ص ٧١، ٧٢. الدكتورة/ هدى مجدى، البحث سالف الذكر، ص ٢٦.

الطرق وإنشاء الجسور، وتشييد الموانى والمطارات والخزانات ومحطات الكهرباء والمياه، وحفر الترع والقنوات والأنفاق والآبار، ومد خطوط السكك الحديدية، وأنابيب الماء والبترول.

وإذا ما بحثنا مجالات الأعمال التى تبرم عقود الـ "B.O.T." من أجل العمل والاستثمار فيها نجد أنها لا تخرج عن مجالات أعمال تشييد المبانى، ومحطات الكهرباء، والموانى والمطارات، والطرق، والجسور، وأماكن إيواء السيارات .... وكلها مجالات يشملها نص الفقرة سالفة الذكر، كما أن شركة المشروع تستغل هذا المشروع - بعد إنشائه - فى عمل تجارى آخر حين تبيع الخدمة للجمهور، أو للجهة الحكومية المتعاقدة معها، وتحصل فى نظير ذلك على أرباح طيلة المدة المحددة للاستغلال، وهى تفعل ذلك فى إطار مشروع اقتصادى، وفقا للمعيار الراجح فى تمييز الأعمال التجارية.

يضاف إلى ذلك أن المشرع وإن كان قد حدد الأعمال التجارية فأوردها فى المواد من الرابعة إلى التاسعة من القانون إلا أنه قد حسم التساؤل الذى كان يمكن أن يثار حول ما إذا كانت هذه الأعمال قد وردت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، حيث نصت المادة السابعة صراحة على أن هذه الأعمال إنما أوردها المشرع على سبيل المثال، وإن كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة بالمواد الرابعة والخامسة والسادسة لتشابه فى الصفات والغايات يكون عملا تجاريا[١].

وبناء على ما تقدم نخلص إلى القول بأن مشروعات الـ "B.O.T." هى أعمال تجارية حسب المعيار الراجح فى الفقه والذى يضفى الصفة التجارية على الأعمال التى تقع بمناسبة استغلال مشروع تجارى. وتأسيسا على ذلك تخضع هذه المشروعات لأحكام القانون التجارى، وتدخل ضمن الأعمال التى عددتها فقرات المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة

---

[١] الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، ص ١٢٦، ١٢٧.

١٩٩٩، فإذا حدثت أعمال لا تجد نصا يشملها ضمن فقرات تلك المادة أمكن قياسها على الأعمال المذكورة بهذه المادة لتشابه الصفات والغايات. طبقا لمقتضى نص المادة السابعة من ذات القانون.

ويترتب على ذلك أن العقود التى تبرم لتنفيذ المشروعات سالفة الذكر بنظام الـ "B.O.T." هى عقود تجارية لأنها تنصب على أعمال تجارية وإذا كان الحال كذلك فهل يكتسب طرفى عقد الـ "B.O.T." صفة التاجر؟ هذا ما نجيب عنه فى الفرع التالى.

الفرع الثالث

المركز القانونى لطرفى عقد الـ "B.O.T."

تمهيد:

أسلفنا أن عقد الـ "B.O.T." يبرم بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم بإنشاء مشروع وتشغيله واستغلاله فترة معينة من الزمن ثم يعيده إلى الطرف الآخر.

وليس ثمة مشكلة فى تحديد الطبيعة القانونية للطرف القائم بعملية الإنشاء والتشغيل إذ عادة ما يتخذ (شكل شركة من الشركات التجارية سواء كانت شركات محلية أو أجنبية)، وهذه الشركات هى تجارية بنص القانون[١]، كما أنها تقوم بالعمل فى إطار مشروع اقتصادى على النحو الذى انتهى إليه المعيار الراجح فى تمييز العمل التجارى من غيره من الأعمال الأخرى.

ولكن المشكلة تثار بالنسبة إلى الطرف الآخر فى العقد وهو المالك الأصلى للمشروع، والذى إليه يؤول المشروع بعد انتهاء المدة المحددة للتشغيل والاستغلال.

---

(١) المادة الرابعة فقرة (ج) من قانون التجارة الجديد.

فهـذا الطرف قد يكون من أفراد القطاع الخاص[1]. أيضا - وهنا لا تـثار مشـكلة - إذ يكتسـب كل من الطرفين صفة التاجـر، إذا كان تعاقد الطـرف المالك فى إطار مشروع اقتصادى يخضع لأحكام القانون التجارى، أو كـان مشتغلا بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف[2]، فإن العقد يعتبر بالنسـبة إلـيه عملا تجاريا، وبذلك يكون طرفا العقد كلاهما مكتسبين لصفة التاجر.

فإذا لم يكن هذا المتعاقـد يمارس عمله فى إطار مشروع اقتصادى ولـم يكـن مشتغلا بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف فإن العقد يعتبر بالنسـبة إليه عملا مدنيا، ومن ثم لا يكتسب صفة التاجر، أما بالنسبة لشركة المشـروع فـيعد عملا تجاريا وتكون مكتسبة لصفة التاجر ويطبق على كل طـرف الأحكـام الخاصة به وعلى ذلك جرى نص المادة الثالثة من قانون الـتجارة حيث نصت على أن "إذا كان العقد تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه، فلا تسـرى أحكـام قانون التجارة إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسرى علـى التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدنى مالم ينص القانون على غير ذلك".

غـير أن الطرف الآخر فى العقد "المالك الأصلى" للمشروع غالبا ما يكـون هو الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة، وهنا تبدو المشكلة دقيقة نظـرا لأن الفقـه التقليـدى - كما سبق أن أوضحنا - ينظر إلى أن وجود الدولـة بوصـفها سلطة عامة فى العقد يجعلها فى مرتبة مميزة عن الطرف الآخـر الـذى تـتعاقد معه، بالإضافة إلى حلول غاية الربح المهيمنة على المشروع الخاص، فى مرتبة متأخرة بالنسبة للمشروع العام الذى يهدف إلى تحقيق المصالح الاقتصادية ذات الطابع القومى.

---

(١) سـبق أن أوضـحنا أن شـركات القطـاع العـام، وقطاع الأعمال، القابضة منها والتابعة، والجمعيات ذات النفع العام ... هى من أشخاص القانون الخاص وهى تبرم الكثير من عقود التنمية الاقتصادية.

(٢) المادة العاشرة فقرة أولى من قانون التجارة الجديد.

وإذا كان الحال كذلك فيجب علينا أن نوضح مدى توافر الصفة التجارية لطرفى عقد الـ "B.O.T." وسنبدأ بالطرف الأول وهو الدولة "المالك الأصلى للمشروع"، ثم الطرف الثانى وهو شركة المشروع أو المستثمر من القطاع الخاص.

أولا : الصفة التجارية للدولة أو الشخص المعنوى العام كطرف متعاقد فى عقود الـ "B.O.T."

تحدثنا فى المبحث الأول من هذا الفصل عن الطبيعة القانونية لعقود الدولة وقلنا أنها تبرم نوعين من العقود: نوع تستخدم فيه أساليب وامتيازات السلطة العامة، ونوع لا تستخدم فيه أساليب وامتيازات السلطة العامة وتتعامل فيه كما يتعامل الأفراد عندما يبرمون عقودهم، فى النوع الأول يكون العقد إدرايا ويخضع لأحكام القانون الإدارى، وفى النوع الثانى يكون العقد من عقود القانون الخاص، ولكن إلى أى فرع من فروع القانون الخاص ينتمى هذا العقد الأخير؟

وللإجابة على هذا التساؤل نرى أنه مع تطور أساليب الدولة ودورها فى الحياة الإقتصادية والاجتماعية المعاصرة، لم يعد تدخلها تمليه الضرورة كما كان الحال فى عصر الرأسمالية الحرة، بل أصبح هذا التدخل يستهدف مجرد المصلحة العامة ومضمونها، مفهومة على نحو جديد. ولم يعد يتعارض مع هذه المصلحة العامة أن تستهدف إدارة المشروع تحقيق أرباح قد تخصص كلها لتقدم ذات المرفق وتحسين الخدمات التى يؤديها للجمهور. ولما كانت الوسائل التجارية السائدة فى النشاط الفردى هى خير الوسائل المعروفة لتحقيق الربح، فقد كان من الطبيعى أن تلجأ إليها الدولة وأن تنزع عن نفسها - فى كل ما يتعلق بالإدارة العادية للمشروع - قناع السلطة العامة - وأن تتذرع بوسائل وأساليب القانون الخاص، واضعة نفسها على قدم المساواة مع الأفراد، وهكذا ظهرت نظرية المرفق العام التجارى والصناعى وظهرت أيضا شركات الاقتصاد المختلط وظهرت مع ذلك مشكلة

تحديد نطاق كل من القانونين العام والخاص فى ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية لنشاط الدولة التجارى[١].

مفاد ما تقدم يمكن القول بأن دور الدول فى النشاط الاقتصادى قد تحول من دور الرقابة والإشراف والتوجيه والتخطيط إلى دور الممارسة والتدخل المباشر للقيام ببعض الأعمال التجارية.

ورأينا فيما سبق[٢] كيف أن الرأى الراجح فى الفقه ينتهى إلى أن المشروعات الاقتصادية العامة المتمثلة فى شركات قطاع الأعمال العام من أشخاص القانون الخاص، وهى بالقطع تمارس نشاطها وتبرم عقودها فى إطار مشروع اقتصادى فهى شركات تجارية.

وبصدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون قطاع الأعمال العام اعتبرت الشركات الخاضعة لهذا القانون وهى الشركات القابضة والشركات التابعة من أشخاص القانون الخاص[٣]، تخضع لأحكام قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، وتأثرا بالسياسة المالية والنقدية للدولة وأخذا بفلسفة اقتصاد السوق وفكرة المشروع الاقتصادى - تم تحويل عددا من أهم الهيئات العامة، والتى كانت فيما مضى من أشخاص القانون العام - إلى شركات مساهمة[٤]، تخضع لأحكام قانون الشركات سالف الذكر وبالتالى وحد المشرع فى الأحكام بينها وبين شركات القطاع الخاص.

---

(١) الدكتور/ أكثم الخولى: الاتجاهات الكبرى فى قانون المشروع العام، سابق الإشارة إليه، ص ١٠؛ الدكتور/ محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، سابق الإشارة إليه، ص ٣٢.

(٢) راجع ما سبق ص ١٠٥.

(٣) المادة الأولى من هذا القانون.

(٤) من ذلك القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٨ بضم محطات الكهرباء بما لها من حقوق وما عليها من التزامات إلى شركات توزيع الكهرباء، راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٠٥ بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٣١ ملف رقم ٣١٠٣/٢/٣٢، منشورة بمجلة المحاماة العدد رقم (١) لسنة ٢٠٠١، ص ٤٤٨.

ولهذا جاء قانون التجارة الجديد ونص فى الفقرة الثانية من المادة لعاشرة منه على أن: "يكون تاجرا، كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذى أنشئت من أجله" • فإن وصف التجارية ينسحب على شركات قطاع الأعمال العام، كما ينسحب على شركات القطاع الخاص•

وأخيرا وطبقا لنص المادة ٢٠ تجارى، لا تكتسب الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام صفة التاجر • غير أن هذا الأمر لا يمنع من سريان أحكام القانون التجارى على الأعمال التجارية التي تزاولها الدولة وأشخاص القانون العام إلا ما يستثنى بنص خاص • وتأسيسا على ذلك وعلى ضوء ما سبق بيانه فإن تعاقد الدولة مع المشروعات الخاصة على تنفيذ أحد المشروعات التجارية، يعد بالنسبة لها عملا من الأعمال التجارية• ويسرى عليه أحكام القانون التجارى دون أن تكتسب الدولة صفة التاجر • أما الأشخاص المعنوية التى تتعاقد نيابة عن الدولة، فقد تكتسب صفة التاجر إذا كانت من المرافق العامة الاقتصادية أو الهيئات ذات النفع العام، أو شركات قطاع الأعمال العام، على النحو الذى أوضحناه فيما سبق[1]•

ثانيا : **الصفة التجارية لشركة المشروع** :

غالبا ما يكون المتعاقد مع الدولة أو أحد الأشخاص العامة، أو الخاصة لتنفيذ مشروع الـ "B.O.T." أحد شركات القطاع الخاص - الوطنية أو الأجنبية - ونادرا أن يتقدم مجموعة من الأفراد "المستثمرين" للتعاقد لتنفيذ المشروع فإذا حدث ذلك فيتم تأسيس شركة مصرية بين المستثمرين لتولى إدارة وتشغيل المشروع[2]، عندما يرسو العطاء، ويتم الاتفاق النهائى•

---

(١) راجع ص ١١١.

(٢) على سبيل المثال: بعد التوقيع بالأحرف الأولى على شروط عقد بناء وإدارة محطات الحاويات والبضائع العامة والبضائع الصب بالحوض الأول بميناء العين السخنة بنظام "B.O.T." قام المؤسسون أصحاب العرض المقبول بتأسيس شركة تنمية ميناء شمال العين-

هذه الشركة تكتسب الصفة التجارية طبقا لنص الفقرة الثانيـــة مــن المادة العاشرة سالفة الذكر • حيث تكتسب صفة التاجر كل شركة تتخذ أحــد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشـــركات أيا كان الغـــرض الذى أنشئت من أجله• ويستثنى من هذه القاعدة شركة المحاصة، نظرا لعــدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية، وتأسيسا على ذلك تكـــون شـــركة التضـــامن والتوصية البسيطة أو بالأسهم والشركة ذات المسئولية المحـــدودة وشـــركة المساهمة• شركات تجارية• وهى تمارس نشاطها وتبرم عقودها فى إطـــار مشروع اقتصادى، حسب المعيار الراجح فى تمييز الأعمال التجارية•

ويبيـــن من نص المادة ٢/١٠ مـــن قـــانون التجـــارة أن المشـــرع المصرى قد اعتنق المعيار الشكلى، بدلا من المعيار الموضوعى القائم علـــى طبيعة الغرض من تأسيس الشركة وهو المعيار الذى كان سائدا[1] فى ظـــل أحكام قانون التجارة الملغى•

= السخنة وصدر قرار رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة رقم ١٦٢٢ لسـنة ١٩٩٩ بالموافقة على تأسيس هذه الشركة، ونشر بصحيفة الشـــركات بـــالعدد رقـــم ٢٤٣٩ بتـــاريخ ١٩٩٩/٧/١٩.

- راجع أ• محمود محمد عثمان خضر: تجربة الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر فى تشـغيل ميناء العين السخنة بنظام "B.O.T."• ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T." بمركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجـــارى الدولـــى فـــى ٢٩،٢٨ أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٤.

- وجاء فى اتفاقية شراء القوى الكهربائية بمجمع توليد القوى بسيدى كرير مصر: "تم تحرير وإبرام اتفاقية شراء القوى الكهربائية هذه •••• بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٢ فيما بين:
هيئة كهرباء مصر •••
وشركة انترجن سيدى كرير لتوليد الكهرباء، وهى شركة توصية بالأسهم مؤسسة طبقا للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧".

- راجع تقرير بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظـــام ألـــ "B.O.T." أعده المستشار معتز كامل مرسى وقدمه إلى الندوة العلمية بأكاديمية السادات للعلوم الإداريـــة فى ٣٠، ٣١ يناير ٢٠٠٠، ص ٦.

(١) الدكتور/ على حسن يونس: الشركات التجارية، طبعة ١٩٨٨، ص ١١. الدكتـــور/ محمـــود سمير الشرقاوى: القانون التجارى، الجزء الأول، ١٩٨٩، ص ١٦٥. الدكتوره/ سميحة =

ثالثا: الصفة التجارية للشخص الطبيعى المتعاقد لتنفيذ عقود الـ "B.O.T." :

من النادر أن يكون المتعاقد الآخر الذى يتولى إنشاء وتسيير وتشغيل المشروع شخصا طبيعيا، لأن مثل هذه المشروعات تحتاج إلى أموال كثيرة قد يعجز المتعاقد الفرد عن توفيرها. غير أنه لا يوجد ما يمنع "ولو من الناحية النظرية" أن يكون المتعاقد شخصا طبيعيا وإذا سلمنا بذلك، فإن التساؤل الذى يثور يدور حول مدى اكتساب هذا المتعاقد الفرد لصفة التاجر.

بالرجوع إلى نصوص القانون التجارى، نلاحظ أن المادة ١/١٠ تنص على أن "يكون تاجرا، ١ - كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملا تجاريا".

ويتضح من النص أن الشخص الطبيعى يكتسب صفة التاجر إذا تجمعت فيه الشروط الآتية:

- القليوبى: الشركات التجارية، ١٩٩٢، ص ٦. الدكتور/ أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، ١٩٨٩، ص ٣٢. الدكتور/ ثروت على عبد الرحيم: شرح القانون التجارى المصرى، ج ١، ٢٠٠٠، ص ٢٥٨. الدكتور/ محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، ١٩٨٧، ص ١٨٦. الدكتور/على قاسم: قانون الأعمال، ج ١، سنة ١٩٩٧، ص ١٤.

نقض فى ١٩ نوفمبر ١٩٧٤، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥، ص ١٢٣٧.

نقض جلسة ١٩٩٩/١/٤، مشار إليه فى مؤلف د. ثروت على عبد الرحيم، سالف الذكر، ص ٢٩٢، هامش رقم (٣).

وقد استقى قانون التجارة الملغى المعيار الموضوعى من قانون التجارة الفرنسى الصادر عام ١٨٠٧، ونظرا لكثرة المشاكل القانونية الناشئة عن تطبيق المعيار الموضوعى تم العدول عنه بقانون أول أغسطس ١٨٩٣ واعتناق المعيار الشكلى بدلا عنه فى صدد شركات المساهمة، ثم تم الأخذ بالمعيار الشكلى فى صدد جميع شركات القانون رقم ٥٣٧.الصادر فى ٢٤ يوليو ١٩٦٦، فى حين ظلت شركات المحاصة معتنقة المعيار الموضوعى، انظر فى ذلك:

- G, RIPERT et (R.) ROBLOT: Traité de droit commercial, tome, 1, 1993, P. 196.
- J. HAMEL, (G.) LAGARDET et (A.) JAUFFRET, Droit commercial, tome, 1, Volame 2, 1980, P. 96.

(أ) - أن يكون محترفا :

ويقصد بالاحتراف من الناحية القانونية، قيام شخص بمباشرة عمل من الأعمال التجارية بصفة مستمرة ومتكررة، بحيث يمكن اعتبارها للمتعاقد مهنته أو حرفته الرئيسية التى يرتزق منها ويتخذها وسيلة أساسية للتعيش[١].

وعلى ذلك لا يكتسب الشخص صفة التاجر إذا قام بمباشرة الأعمال التجارية بصفة عارضة[٢].

ب - أن يحترف الشخص عملا من الأعمال التجارية، سواء أكان هذا العمل من قبيل الأعمال المنصوص عليها فى قانون التجارة، أم التى اعتبرها الفقه والقضاء تجارية بطريق القياس لاشتراكها مع هذه الأعمال فى الصفات والغايات[٣].

ج - أن يباشر الشخص العمل التجارى على وجه الاستقلال[٤]، ولحساب نفسه[٥]، وتأسيسا على ذلك لا يعتبر تاجرا المتعاقد الذى يتعاقد باسم ولحساب شخص آخر.

---

(١) الدكتور/ محسن شفيق: الوسيط فى القانون التجارى المصرى، ج ١، ١٩٥٧، ص ١٠٩. الدكتور/ ثروت عبد الرحيم: شرح القانون التجارى المصرى الجديد، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠، ص ١٦٠. الدكتور/ ثروت حبيب: شرح قانون التجارة الجديد، ج ١، ٢٠٠٠، ص ٢٠٥. الدكتور/ محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، ج ١، ط ٢٠٠٠، ص ١٢٣. الدكتور/ كمال محمد أبو سريع: القانون التجارى، الأعمال التجارية، والتاجر، ٢٠٠٠، ص ٢٧٠. الدكتور/ فايز نعيم رضوان: مبادئ القانون التجارى، ٢٠٠١، ص ٢٧٠.
الطعن رقم ٣٣٧٤، لسنة ٦٨ ق، جلسة ١٩٩٩/٤/٢٦، المستحدث ص ١٠.

(٢) الدكتور/ فايز رضوان، سابق الإشارة إليه، ص ٢١٣. الدكتور/ كمال محمد أبو سريع، سابق الإشارة إليه، ص ٢٧٢.

(٣) انظر:
LYON – CAEN (C.H.) et RENAULT (L.) Traité élémentaire de droit commercial, 5 éd, Tome 1. 1927, P. 201.

(٤) الدكتورة/ نادية محمد معوض: القانون التجارى، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٩.

(٥) انظر:
MICHEL de JUGLART, Benjomin IPPOLITO, Cours de droit commercial. Premier volume, 11 éd, 1995, P. 179.

وليس من شك أن كل هذه الشروط تجتمع فى المستثمر الذى يتعاقد لتنفيذ المشروع بنظام الـ "B.O.T." حيث أنه عادة يكون محترفا للأعمال التجارية ومتخصصا فى إقامة مشروعات مثل المشروع المطروح للتعاقد وفقا لنظام الـ "B.O.T."، كما يكون دائما مستقلا أثناء قيامه بالعمل • حيث يقوم بهذا العمل لحسابه الخاص •

ومن كل ما سبق نخلص إلى القول بأن الدولة وأشخاص القانون العام لا يكتسبون صفة التاجر وإن كان العمل بالنسبة لهم يعد عملا تجاريا، بينما قد يمثل الدولة شخص من أشخاص القانون الخاص يكتسب الصفة التجارية • أما بالنسبة للمتعاقد الآخر الذى يتولى إقامة وتشييد وتسيير وتشغيل المشروع الاقتصادى، فيعتبر تاجرا وعمله عملا تجاريا • وهو ما يؤكد تجارية عقد الـ "B.O.T." •

فما هو الأثر المترتب على اعتبار هذا العقد عقدا تجاريا؟، هذا ما نجيب عنه فى الفرع التالى •

الفرع الرابع

الأثر المترتب على اكتساب

عقد الـ "B.O.T." للصفة التجارية

انتهينا فى الفرع السابق إلى أن عقد الـ "B.O.T." يكيف - على الرأى الراجح - على أنه عقد من العقود التجارية، لذلك فإنه يخضع للقواعد العامة التى تحكم العقود التجارية •

ولما كانت السرعة ودعم الائتمان، من أهم مقومات النشاط التجارى، فإن المعاملات التجارية لها نظامها القانونى الذى يرسى من القواعد التشريعية، أو العرفية ما يحقق تبسيط إبرام وتنفيذ الاتفاقات، وما يكفل للالتزام التجارى ضمان الوفاء به فى ميعاده، وتبرز خصوصية هذه القواعد سواء من ناحية الأحكام الموضوعية، أو الإجراءات التى تحكم

الدعاوى والأحكام التى تصدر فى المنازعات التجارية[١]، وذلك على التفصيل التالى:

أولا : القواعد الموضوعية الخاصة بالالتزام التجارى :

تتمثل هذه القواعد فى تضامن المدينين، والفوائد القانونية والإفلاس.

(أ) تضامن المدينين :

إن تعدد المدينين، يعنى التزام كل منهم قبل الدائن بما يخصه من الدين، ولا يقوم التضامن إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانونى يقيم هذا التضامن، ويجرى العرف التجارى - على العكس - إذ يفترض التضامن بين المدينين بدين تجارى بحيث يجوز للدائن بدين تجارى، تعدد فيه المدينون أن يرجع على أى مدين بكل الدين، على أن يرجع المدين الموفى - بعد ذلك - على زملائه كلا بما يخصه من الدين[٢]. وقد كرس المشرع هذا العرف فى المادة (٤٧) من قانون التجارة الجديد.

(ب) الفوائد القانونية :

يخول المشرع الدائن بدين نقدى، الحق فى اقتضاء أصل دينه، علاوة على فوائد قانونية تستحق مقابل تأخر المدين فى الوفاء بدينه. ونظرا

---

(١) راجع فى ذلك:

الدكتورة/ سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، العقود التجارية، وعمليات البنوك، ٢٠٠٠، ص ٩ - ٣٩. الدكتور محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، ص ٤١ - ٥٢. الدكتور/ عما د الشربينى، سابق الإشارة إليه، ص ٤١ - ٦٠. الدكتور محمود سمير الشرقاوى: الأحكام المستحدثة فى قانون التجارة الجديد، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين، المنعقد بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، فى ١، ٢/٦/٢٠٠٠، ص ٥ وما بعدها.

(٢) الدكتور/ رضا عبيد: النظرية العامة للالتزامات التجارية فى قانون التجارة الجديد، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين، المنعقد بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، فى ١، ٢/٦/٢٠٠١، ص ٣٣ - ٣٩.

لما يتوفر للتاجر من قدرة على استثمار أمواله، فضلا عما يترتب على تعطيل أو تأخير حصوله على حقوقه من أضرار تفوق ما يلحق الشخص العادى، فقد جعل المشرع سعر الفائدة ٥% بالنسبة للديون التجارية و ٤% بالنسبة للديون المدنية[١]، وغنى عن البيان ارتباط الأمر بتحديد الصفة التجارية للدين والتى تترتب على طبيعة العمل أو النشاط الذى نشأ بمناسبته. وقد نصت المادة ٢/٥٠ من قانون التجارة الجديد على احتساب العائد وفقا للسعر الذى يحدده البنك المركزى ما لم يتفق على مقابل أقل.

(ج) الإفلاس :

يحرص المشرع على زيادة ضمانات الوفاء بالالتزام التجارى كما يحرص على سلامة البيئة التجارية، وبتر التجار الذين يتسبب وجودهم فى إحداث خلل فى الروابط القانونية، لذلك خول الدائن بدين تجارى، حق طلب شهر إفلاس مدينه التاجر إذا توقف عن سداد الدين، ورتب على شهر الإفلاس غل يد التاجر عن إدارة أمواله، ودعوة جميع دائنيه لاتخاذ إجراءات تصفية جماعية لأموال مدينهم تمهيدا لاقتسام ناتج هذه التصفية قسمة غرماء[٢].

ويتوقف إعمال نظام الإفلاس على مسألة أولية، يجب حسمها وهى طبيعة الدين الذى توقف التاجر عن سداده، إذ يلزم أن يكون الدين تجاريا، مما يبرر أهمية تحديد الصفة التجارية للعمل الذى نشأ الدين بمناسبته، هذا علاوة على أن الإفلاس لا ينطبق إلا على التاجر، ووصف التاجر مرتبط بدوره بتحديد طبيعة الأعمال التى يباشرها، ولزوم احترافه للأعمال التجارية[٣].

---

(١) المادة ٢٢٦ مدنى.

(٢) الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الملامح الرئيسية للنظرية العامة للالتزامات التجارية، دراسة لقانون التجارة الجديد، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع فى ١، ٢/٦/٢٠٠٠، ص ٣٧.

(٣) الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى، المرجع السابق، ص ٥٠.

ثالثا : الأحكام الإجرائية الخاصة بالدعاوى والأحكام التجارية :

(أ) الاختصاص القضائى :

تأخذ بعض التشريعات[١] بازدواجية القضاء المختص بالمعاملات التى تقع بين الأشخاص فى مجال القانون الخاص، فيوجد قضاء تجارى يختص بالمعاملات التجارية، وقضاء مدنى تكون له الولاية العامة بالنسبة لكل المعاملات الأخرى.

وتأخذ تشريعات أخرى بوحدة القضاء، بحيث تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات تجارية أو مدنية. ولا تخفى أهمية التفرقة بين المنازعات التجارية وغير التجارية فى ظل ازدواج القضاء، بينما تقل هذه الأهمية فى ظل نظام وحدة القضاء.

وقد أخذ المشرع المصرى بنظام وحدة القضاء فلا يوجد قضاء تجارى وآخر مدنى، وإنما يختص القضاء المدنى بالنظر فى كافة المنازعات تجارية أو غير تجارية، ولا ينال من ذلك وجود دوائر تجارية داخل المحاكم الابتدائية، لأن هذه الدوائر لا تمثل محاكما مستقلة وإنما هى من قبيل توزيع العمل الذى يتسم بالطابع الإدارى[٢]، ويختلف الأمر فقط بالنسبة للمحكمتين التجاريتين الجزئيتين المنشأتين بالقاهرة والإسكندرية بقرار وزير العدل عام ١٩٤٠، إذ تعتبر هاتان المحاكمتان ذات اختصاص نوعى، ويجوز الدفع أمامها بعدم الاختصاص لمدنية النزاع، ويعتبر هذا الدفع متعلقا بالنظام العام والأمر نفسه بالنسبة لما يرفع من منازعات تقع فى اختصاص هاتين المحكمتين أمام المحاكم المدنية[٣].

---

[١] انظر فى ذلك: الدكتورة/ سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة، سابق الإشارة إليه، ص ٤٩.

[٢] انظر محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٦٢/١/٤، المجموعة الرسمية للأحكام، عدد ١ سنة ١٩٦١، يناير ١٩٦٤، ص ١٣٦.

[٣] وهذا ما يقتضيه استقلال هاتين المحكمتين، انظر فى ذلك: الدكتورة، سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة، سابق الإشارة إليه، ص ٤٩.

(ب) **حرية الإثبات فى المنازعات التجارية** :

يستلزم القانون المدنى الإثبات بالكتابة، إذا جاوزت قيمة النزاع خمسمائة جنيه، ولا تخضع المعاملات التجارية لهذه القاعدة، فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات أيا كانت قيمتها[١]. ويجوز ذلك حتى لإثبات عكس ما هو ثابت أو ما يجاوز الثابت بالكتابة[٢].

ولا تنحسر حرية الإثبات إلا بالنسبة لما يستلزم التقنين التجارى إثباته بالكتابة، كما هو الشأن فى عقد الشركة أو عقد بيع السفينة حيث يلزم الكتابة الرسمية. كما تنحسر قاعدة حرية الإثبات إذا اتفق الأطراف على استلزام الكتابة للإثبات، ولكن هذا يستلزم اتفاقا صريحا ويتعين على القاضى إعمال قاعدة حرية الإثبات إذا لم يتوافر مثل هذا الاتفاق[٣].

(ج) **الإعذار** :

استجابة لدواعى السرعة، يستطيع الدائن إثبات إعذار مدينه أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل بعلم الوصول وفى حالة الاستعجال يمكن الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة (مادة ٥٨ تجارى)[٤].

(د) **حظر المهلة القضائية** :

إن حصول الدائن على حقه، ليس هو جوهر المشكلة، إذا تعلق

---

[١] المادة (٦٠) من قانون الإثبات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية عدد (١٩) مكرر (أ) فى ١٩٩٩/٥/١٧، انظر أيضا المادة ٦٩ تجارى.

[٢] نقض ١٩٧٥/٥/١٦، المجموعة الخمسية من ١٩٥٦ - ١٩٦٠، ج ٣، ص ٢٢. ونقض ١٩٦٢/٥/٣١، المجموعة، ص ٢٦. ونقض ١٩٦٩/٥/٦، مجموعة المكتب الفنى، سنة ٢٠، عدد ٢ أبريل / يونيه ١٩٦٩، ص ٧٣٢. وقد كرست المادة ٢/٦٩ إمكانية ذلك فى الحالات التى لا يستلزم فيها القانون الكتابة للإثبات فى المواد التجارية.

[٣] الدكتورة/ سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة، سابق الإشارة إليه، ص ٥٠. الدكتور/ محسن شفيق: القانون التجارى المصرى، الجزء الأول، ص ١٢٢.

[٤] الدكتور/ رضا عبيد، البحث سابق الإشارة إليه، ص ٧٤ - ٧٦.

الأمر بالتزام تجارى، وإنما الجوهرى هو حصول الدائن على حقه فى الأجل المسمى بينه وبين مدينه، ومن ناحية أخرى، فالأمر ليس متعلقا بحماية المصلحة الخاصة لدائن فى مواجهة مدينه، وإنما يتعلق الأمر بحماية المصلحة الاقتصادية العامة، ذلك أن فشل الدائن فى الحصول عفى حقه فى موعده، يترتب عليه فى البيئة التجارية، اضطراب سلسلة من الالتزامات المترتبة على هذه العلاقة الأصلية، التى تربط بين الدائن والمدين، مما قد يؤدى إلى ارتباك عام لا تقف آثاره عند حدود العلاقة الثنائية الخاصة.

لكل ذلك يحظر المشرع على القاضى إعطاء المدين بدين ثابت فى ورقة تجارية مهلة قضائية[١]، ويتعين على المدين بدين تجارى السداد فى الميعاد وإلا جاز لدائنه طلب شهر إفلاسه باعتباره متوقفا عن الدفع. وقد مد المشرع حظر المهلة إلى كل الالتزامات التجارية إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن.

(هـ) **النفاذ المعجل** :

لا تصدر الأحكام فى المنازعات المدنية مشمولة بالنفاذ المعجل إلا فى حالات وردت على سبيل الحصر فى حين تصدر الأحكام فى المواد التجارية مشمولة بالنفاذ المعجل بحكم القانون[٢]، دون أن يتمتع القاضى بأى سلطة تقديرية فى هذا المقام، ولا يخفى أن مدار هذا الوصف مرتبط ابتداء بتحديد طبيعة المنازعة وكونها تجارية أو غير تجارية.

(و) **تبسيط إجراءات التنفيذ فى الرهن التجارى** :

يلتزم الدائن المرتهن إذا كان دينه مدنيا باستصدار حكم قضائى للتنفيذ على الشىء المرهون، أما إذا كان الرهن ضمانا لدين تجارى، فيكفى

---

(١) المادة ٥٤٧ من قانون التجارة، ويلاحظ أن القضاء يتردد فى منح المهلة بالنسبة للديون التجارية بصفة عامة وكان يصعب مد الحظر الوارد بخصوص الأوراق التجارية إلى كل المواد التجارية. انظر: الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى، البحث سابق الإشارة إليه، ص ٣٨ - ٤٠.

(٢) مادة ٢٨٩ مرافعات.

الدائن الحصول على أمر ببيع الأشياء المرهونة من القاضى المختص بمحكمة موطن المدين. ويتم البيع بالمزاد العلنى[١]. ولا يخفى ارتباط ذلك بالصفة التجارية للدين الذى عقد الرهن ضمانا للوفاء به.

يتضح من جماع ما تقدم أهمية التعرف على طبيعة النشاط الذى نشأ الالتزام بمناسبته، فإذا كان تجاريا خضع للأحكام الموضوعية والإجرائية آنفة الذكر.

هذا هو الأثر المترتب على اكتساب العقد للصفة التجارية على أن عقد الـ "B.O.T." يبرم فى الأغلب بين الدولة كشخص معنوى عام وبين مستثمر أجنبى لتنفيذ مشروع معين داخل الدولة، وبالتالى فهو يتضمن عنصرا أجنبيا، الأمر الذى يثير مسألة دخول العقد فى عقود التجارة الدولية، وهو الأمر الذى نبحثه فى المطلب التالى.

المطلب الثانى

مدى اعتبار عقد الـ "B.O.T." عقدا من عقود التجارة الدولية

مما لا شك فيه أن التعاقد بنظام الـ "B.O.T."، فى الدول النامية، يعتبر أداة من أدوات جذب الاستثمار المباشر الأجنبى. وفى الغالب الأعم تكون شركة المشروع شركة خاصة أجنبية أو شخص طبيعى أجنبى. ولهذا يثور التساؤل عن طبيعة عقد الـ "B.O.T." عندما تكون شركة المشروع شخصا خاصا أجنبيا، هل يعد العقد – فى هذه الحالة – من قبيل عقود التجارة الدولية؟

---

(١) المادة ١٢٦ من قانون التجارة الجديد. ويلزم الحصول على أمر البيع بمضى خمسة أيام من تكليف المدين بالوفاء، ولا يتم تنفيذ الأمر إلا بعد خمسة أيام من تبليغه إلى المدين.

يذهب البعض[١] أن عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."، تعتبر من قبيل عقود التجارة الدولية. الأمر الذى يقتضينا البحث فى المعايير التى قال بها الفقه لدولية العقود.

وتوصف العقود بأنها دولية عندما تتضمن عنصرا خارجيا أو دوليا سواء أكان ذلك نتيجة لاختلاف جنسية أطرافها أو لورودها على موضوع ينفذ، فى خارج الدولة أو كان مكان إبرام العقد فى دولة أخرى غير الدولة التى ينتمى إليها أطراف العقد[٢].

ولتحديد ما إذا كانت عقود الـ "B.O.T." عقود تجارة دولية من عدمه يكون من الضرورى الاتفاق مقدما على معيار دولية عقد الـ "B.O.T."[٣].

ولما كان معيار الدولية يختلف من عقد إلى عقد فقد اختلف الفقه حول المعيار الواجب اتباعه لتحديد دولية العقد، إلى عدة اتجاهات. حيث

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ...، سابق الإشارة إليه ص ٢٨، ٢٩. الدكتور/ إبراهيم درويش: سلطة تحديد مدة مشروعات الاستثمار فى المرفق العام بنظام "B.O.O.T."، مقال بجريدة الأهرام فى ١٩٩٩/١٢/٢٥، ص ٣٥؛ الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ص ١٣٨ وما بعدها.

(٢) الدكتور/ جميل الشرقاوى: محاضرات فى العقود الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٣.

ويكاد يجمع الفقه على صعوبة وضع تعريف جامع مانع لما يقصد (باصطلاح العقد الدولى)، راجع فى ذلك د. سلامه فارس عرب: وسائل معالجة ظاهرة اختلال توازن العقود فى قانون التجارة الدولية، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣.

(٣) يرى الأستاذ الدكتور/ سمير الشرقاوى: أن العقد الدولى، هو عقد يستمد هذه الصفة من طبيعة العلاقات التى يحكمها، ويتخذ عادة - شكل شروط عامة أو عقد نموذجى، وبناء على ذلك فإن الشكل النموذجى للعقد وإن كان من خصائص العقد الدولى، إلا أنه ليس من مستلزماته. راجع مؤلف سيادته: العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولى للبضائع، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٨.

استقر الفقه التقليدى على اعتناق المعيار القانونى الذى يعتد بعناصر الرابطة العقدية، ومدى تطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كليا أو بعضيا، وعلى الجانب الآخر يذهب جانب من الفقه الحديث إلى اعتناق المعيار الاقتصادى الذى يعبر عن مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية، ويفضل اتجاه ثالث الجمع بين كل من المعيار القانونى والمعيار الاقتصادى لدولية العقد[١]. وإذا كان الأمر كذلك فيقسم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع يخصص الأول للمعيار القانونى والثانى للمعيار الحديث والثالث للمعيار المختلط أو المزدوج.

الفرع الأول

المعيار القانونى

يذهب أصحاب [٢] المعيار القانونى إلى القول بأن العقد يعد دوليا، إذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام واحد.

وعلى هذا يتعين للقول بدولية العقد الكشف عن مدى تطرق الصفة الأجنبية لعناصره القانونية المختلفة، وعناصر العقد التى يعول عليها فى تحديد هذه الصفة، هى جنسية أطرافه، ومكان إقامتهم، ومكان إبرام العقد، ومكان تنفيذ العقد، ولغة العقد، والعملة المستخدمة فى الوفاء.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية، وأثر كل منها على وصف هذه الرابطة بالطابع

---

(١) راجع فى عرض هذين المعيارين: الدكتور/ جميل الشرقاوى، محاضرات فى العقود الدولية، ص ١٧ وما بعدها. الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، سابق الإشارة إليه، ص ٣٥ وما بعدها. الدكتور/ هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠١، ص ٧١ وما بعدها. الدكتور/ سلامة فارس عرب: سابق الإشارة إليه، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) انظر:

- Jean – Machel JAQUIET: Le contrat international, “connaissance du Droit”, Dalloz, Paris, 1992, P. 130.

الدولى. حيث ذهب جانب من مؤيدى المعيار القانونى إلـــى التسوية بيـــن العناصـــر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب علـــى تطـرق الصفـة الأجنبية إلـــى أى منها اكتساب العقد للطابع الدولى[١].

بينما يذهب البعض الآخر[٢] إلى القـــول بأن العقد يســـتمد صفتـــه الدولية من طبيعة العلاقة التى يحكمها.

وعلى هذا يؤكد الفقه التقليدى أن العقد يكـــون دوليـــا إذا توافـــر العنصر الأجنبى فى أى أطراف الرابطة العقدية أو موضوعـــها أو واقعتـــها المنشئة، فيعتبر العقد دوليا - فى هذا الرأى - إذا كان أطرافـــه أو أحدهمـــا منتميا إلـــى جنسية أجنبية أو مقيما فى دولة غير دولة القـــاضى المطـــروح عليه النزاع كذلك لو كان المال محل التعاقد موجودا فى دولة أجنبية أو كـــان العقد قد أبرم ونفذ فى غير دولة القاضى[٣].

وينتقد البعض المعيار القانونى لدولية العـــقد - بالتحديد الســـابق - ويصفه بالجمود - لأنه يضفـــى الصفة الدولية على العقد لمجرد أن يتوافـــر

---

(١) انظر:

- Q. Alfonsin, Contribution à l`etude de la relation juridique en droit inter privè. Mélange offerts a jacque Maury. Tome. 1`, P. 28 et.S.

الدكتور/ هشام على صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليـــة، طبعـــة ٢٠٠١، ص ٧٣.

(٢) الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: العقود التجارية الدولية، ص ١٧، ١٨.

(٣) انظر:

- JAQUET "Jean MICHEL", Op. Cit., P. 6.
- BATIFFOL "Heneri": "Encyclopedie juridique – Dalloz Repertoire de Droit international". Tome I, 1968, P. 564.

- الدكتور/ فؤاد عبد المنعم رياض، والدكتور، محمد خـــالد الترجمـــان: تنـــازع القوانيـــن والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية، بدون ناشر، ٢٠٠١، ص ١٥ ومـــا بعدها.

فى الرابطة العقدية عنصرا أجنبيا، بغض النظر عن أهمية هذا العنصـــر أو طبيعة الرابطة[١].

ويذهب الرأى الراجح إلى أن صفة الدولية للعقد تتحدد بنـــاء علـــى مجموع الظروف والعناصر الإيجابية المؤثرة. أما إذا كانت هذه العنـــاصر غيـــر مؤثرة فى طبيعة العلاقة العقدية، فلا تأثير لها على دولية العقـــد[٢]. ومن أهم العناصر المؤثرة فى دولية العقد، محل إبرامـــه، ومكـــان تنفيـــذه ومكان وجود محله[٣].

نقد المعيار القانونى :

انتقد المعيار القانونى بأنه غير كاف لإضفاء الصفة الدوليـــة علـــى العقد، ويضرب الفقه الفرنسى المثل على عـــدم كفايـــة المعيـــار القـــانونى لإضفـــاء الصفة الدولية على العقد بالعقد الذى يبرم بين فرنسي وإيطـــالى مقيم فـــى فرنسا للاتفاق علـــى عمل يتم فى فرنسا، فإنه فى هـــذه الحالـــة يخضع العقـــد للقانون الفرنسى، ومن ثم لا يؤدى اختـــلاف جنســـية أحـــد أطراف العقد إلى اعتباره دوليا[٤].

---

(١) راجع فى ذلك:

الدكتور/ أحمد القشيرى: الاتجاهات الحديثة فى القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلـــة المصرية للقانون الدولى، المجلد ٢١، لسنة ١٩٦٥، ص ٧٥. الدكتور/ هشام علـــى صـــادق، سابق الإشارة إليه، ص ٧٤، ٧٥.

(٢) الدكتور/ أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتـــوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٧٢، ٧٣.

(٣) انظر:

- Barabant "André", le contrat international de costruction, Bruxelles, Bruylont, 1981, P. 77 et 78.
- Glavinis (Ponoyais), le contrat international de costruction, Paris, CLN Jol;y Edition 1993, PP. 410 et 411.

(٤) الدكتور جميل الشرقاوى، محاضرات فى العقود الدولية، ص ٧٨.

الفرع الثانى

المعيار الاقتصادى

نظرا لقصور المعيار القانونى عن إضفاء الصفة الدولية على بعض العقود على أساس أنها لا تتضمن أى عنصر مؤثر من عناصر الصفة الأجنبية، فقد ظهر الأخذ بالمعيار الاقتصادى، الذى يقوم على التحليل الاقتصادى للعقد، وبمقتضاه يعد العقد دوليا إذا تضمن انتقال الأموال والسلع والخدمات من دولة إلى أخرى أو إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، أى إذ انطوى على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلى لدولة معينة[١].

وقد أخذ القضاء الفرنسى بالمعيار الاقتصادى على النحو السابق فى إطار المسائل المالية والقروض الدولية وهو ما استجابت له بعض أحكام القضاء الحديث[٢] مؤيدة من بعض الفقهاء[٣] وقد أخذت المادة ١٤٩٢ من

---

[١] انظر فى ذلك:

- Glavinis, Ponoyais", Op. Cit., P. 412.
- BARABANT, (André) Op. Cit., P. 77.

- الدكتور/ أحمد حسان مطاوع، سابق الإشارة إليه، ص ٧٣. الدكتور/ هشام على صادق، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٤.

- نقض فرنسى (الدائرة المدنية) ١٩ فبراير ١٩٣٠، ٢٧ يناير ١٩٣١ Sirey، ١٩٣٣. ج ١، ص ١٤١ مع تعليق Niboyet. مشار إليه فى مؤلف الدكتور/ هشام صادق، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٥.

- الدكتور/ حسام عيسى: نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات القانونية للنفقه الدولى، دار المستقبل العربى، ١٩٨٧، ص ٢٢٥ وما بعدها. الدكتور/. أحمد الورفلى: الصبغة الدولية للتحكيم، مقال بمجلة التحكيم العربى، العدد الثانى، يناتير ٢٠٠٠، ص ٩٦ وما بعدها.

[٢] حكم محكمة باريس الصادر فى ١١ أبريل ١٩٧٥ Cunet ١٩٧٤، ص ٦٢٠.

- حكم محكمة استئناف باريس فى ١٨ يناير ١٩٨٣، Rev. ARB. ١٩٨٤، ص ٨٧ مع تعليق Mager.

مشار إليهما فى مؤلف الدكتور/ هشام صادق، سالف الإشارة إليه، ص ١٠٥.

[٣] انظر :

- Ph, FOUCHARD, Quand un arbitrage est – il international; Rev. Arbitral 1970, P. 75 etS.

قانون المرافعات الفرنسى الجديد الصادر سنة ١٩٨١ بهذا المعيار بخصوص التحكيم بنصها على أن "يعتبر دوليا التحكيم الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية[١]".

نقد المعيار الاقتصادى :

عاب البعض[٢] على المعيار الاقتصادى الغموض وعدم التحديد، فالتعريف الاقتصادى للعقد - على النحو السالف ذكره - أقرب إلى كونه مؤشرا لدولية العقد منه إلى أنه تعريفا محددا، قابلا للتطبيق فى الواقع العملى خلافا للمعيار القانونى لدولية العقد الذى يبدو أكثر وضوحا وتحديدا. فاعتبار العقد دوليا فيما لو تعلق بالتجارة الدولية هو تعريف للدولية بالدولية.

ويرى البعض[٣] أن المعيار الاقتصادى لدولية العقد لا يتعارض بالقطع مع المعيار القانونى الذى يعتبر العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانونى واحد، ذلك أن الرابطة العقدية التى يترتب عليها انتقال الأموال من دولة إلى أخرى، والتى تتعلق بمصالح التجارة الدولية على هذا النحو، وهو ما يتحقق معه المعيار الاقتصادى لدوليتها، هى رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانونى واحد، وهو ما يؤدى إلى تحقق المعيار القانونى فى نفس الوقت.

والمثال على ذلك عقد الإنشاءات الذى يكون فيه المقاول مقيما فى دولة غير دولة صاحب العمل، فاختلاف محل الإقامة على هذا النحو يحقق

---

(١) الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: مفهوم التجارية والدولية، المقال سالف الإشارة إليه، ص ٢١.

- P. ELLET et EMEZGER, L`arbitrage international dans le nouveaux de procedure civile, Rev. Crit., 1981. P. 611.

(٢) انظر:

- Loussouarn et Bredin, Droit du commerce international, Paris 1969, No. 511.

(٣) الدكتور/ هشام على صادق، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٦، ١٠٧.

المعيار القانونى لكون الرابطة العقدية بهذا الفرض قد اتصلت بأكثر من نظام قانونى واحد، وحيث يترتب على هذا العقد أن يتم تنفيذ العقد فى دولة مختلفة عن دولة المقاول، وهو ما سيؤدى إلىّ انتقال المعدات والأموال عبر الحدود، فإن مفاد ذلك توافر المعيار الاقتصادى لدولية العقد، وإذا كان توافر المعيار الاقتصادى يفضى - لزوما - إلى تحقق المعيار القانونى لدولية العقد على النحو السابق، فإن العكس غير صحيح، إذ قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولى وفقا للمعيار القانونى دون أن يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادى لدولية هذه الرابطة.

ويحدث ذلك فى الفروض التى تتطرق فيها الصفة الأجنبية إلى عنصر غير مؤثر فى الرابطة العقدية، كما هو الشأن بالنسبة لعنصر الجنسية فى عقود المعاملات المالية، فالعقد المبرم فى مصر بين فرنسى وبائع مصرى لشراء حاجاته اليومية هو عقد لا يثير بالقطع مصالح التجارة الدولية، لكونه لا يؤدى إلى انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، ومن ثم فهو لا يعد عقدا دوليا فى مفهوم المعيار الاقتصادى، رغم اتصال الرابطة العقدية - فى هذا الفرض - بأكثر من نظام قانونى واحد.

وعلى ذلك يمكن القول بأن المعيار القانونى لدولية العقد أوسع من المعيار الاقتصادى فالأخير معيار ضيق لا يؤدى إلى دولية الرابطة العقدية فى مجال المعاملات المالية إلا إذا كان العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية[١].

---

[١] انظر:

- JAQUET "Jean Michel", Op. Cit., P. 11.

الدكتور/ هشام على صادق، سابق الإشارة إليه، ص ١١١، ١١٢. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، ص ١٤٥.

الفرع الثالث

الجمع بين كل من المعيار القانونى، والمعيار الاقتصادى لدولية العقد، (المعيار المزدوج) :

يتجـه القضاء الفرنسى الحديث إلى الجمع بين المعيـار القـانونى والمعيار الاقتصادى عند التصدى لمدى دولية العقد[1]، فلا يكتفى بالتحقق من وجود عنصـر أجنبى فى الرابطة العقدية (المعيار القـانونى)، وإنمـا هـو يحرص أيضا على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيـار الاقتصادى)٠

ويترتب على هذا المسلك - بالضرورة - التضييق من معيار دوليـة العقود بحيث لا يؤدى مجرد احتوائها على عنصر أجنبى إلى إضفاء صفـة الدولية عليها، إنما يتعين لإضفاء تلك الصفة - أيضا - أن تـهدف العمليـة العقدية إلى انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود٠

وفى ضوء هذا المعنى أكدت محكمة النقض الفرنسية فـى حكمـها الصادر فى ٤ يوليو ١٩٧٢ دولية العقد، وبالتالى صحة شرط التحكيم المدرج به[2]. وهو ما سبق أن انتهى إليه الحكم المطعون فيه[3]. وذلك لأن العقـد المذكور قد أبرم فى هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسـى الجنسـية،

---

(١) وهذا ما انتهت إليه أيضا الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى المبرمة فى جنيف سـنة ١٩٦١ حيث جمعت بين المعيار الاقتصادى لدولية العقد المرتبط بمصالح التجـارة الدوليـة، والمعيار القانونى المستمد من اختلاف محل إقامة الطرفين أى انتماء كل منـهما إلـى دولـة مختلفة، لتنتهى إلى دولية العقد - فى هذا الفرض - وبالتالى دولية التحكيم٠

راجع فى ذلك الدكتور/ هشام على صادق: سابق الإشارة إليه، ص ١١٦.

(٢) نقض فرنسى فى ١٩٧٢/٧/٤، Rev – Cri ١٩٧٤، ص ٨٢ مع تعليق Level، مشار إليه فى مؤلف الدكتور/ هشام صادق، سالف الذكر، ص ١١٧.

(٣) حكم محكمة استئناف باريس فى ١٩٧٠/٦/١٩ Rev. Cri ١٩٧١، ص ١٩١، مع تعليـق Level، مشار إليه فى مؤلف الدكتور/ هشام صادق، سالف الذكر، ص ١١٧.

أصبح بمقتضاه وكيلا للشركة المذكورة مما يجيز له تسويق منتجاتـــها فـــى فرنسا ،

وهكذا استندت المحكمة فى تقرير دولية العقد المطروح عليها إلــــى كل من المعيار القانونى والمعيار الاقتصادى فى نفس الوقت[١].

وقد اتبعت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ٩ نوفمـبر ١٩٨٤ نفس المنهج السابق[٢]. حينما انتهت بدورها إلى دولية العقد المـــبرم فى السويد بين شركة سويدية وشخص فرنسى تم بمقتضاه تخويل هذا الأخير الحق فى تسويق منتجات الشركة بفرنسا بوصفه وكيلا عنها ،

واستندت المحكمة فى تقرير دولية العقد إلى كونه قد أبرم فى الخارج مع شركة أجنبية، وهو ما يفيد توافر المعيار القانونى المستمد من العنـــاصر الأجنبية التى تتضمنها الرابطة العقدية،

وأشارت المحكمة فى معرض تأكيدها لدولية العقد أيضـــا إلـــى مـــا ستـؤدى إليـــه العملية العقديـــة من تشجيع الاستيـــراد إلـــى فرنســـا لبضائـــع تم إنتاجها فى دولة أجنبية، وهو ما يعنى- أيضا - تحقق المعيـــار الاقتصادى[٣].

ومن جانبنا نرى أن المعيار القانونى الضيق، الذى يحـــدد الصفـــة الدولية للعقد، بناء على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية التـــى تكتنـــف الرابطة القانونية، لا يتناقض مع المعيار الاقتصادى الذى يقوم على أســـاس ارتباطه بالتجارة الدولية، كما تتجلى أهمية المعيار الاقتصادى فـــى إضفـــاء

---

(١) راجع فى تقرير ذلك:

- الدكتور/ عكاشة عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة فى القـــانون الواجـــب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، الدار الجامعية، بـيروت، ١٩٩٣، ص ٩٣.

الدكتور/ هشام على صادق، سابق الإشارة إليه، ص ١١٨.

(٢) الحكم منشور فى Clunet ١٩٨٦ ص ١٠٣٩ مع تعليق Loquin، مشار إليه فى مؤلـف الدكتور/ هشام على صادق، سابق الإشارة إليه، ص ١١٨.

(٣) الدكتور/ هشام على صادق، سابق الإشارة إليه، ص ١١٨.

الطابع المميز للعنصر أو العناصر الأجنبية التى تطرقت إلى العقد فجعلته على هذا النحو دوليا لارتباطه بأكثر من نظام قانونى واحد.

لذلك فإن المعيار المزدوج، والذى يحدد الصفة الدولية للعقد، بناء على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية التى تكتنف الرابطة القانونية، والتى تتعلق بمشروع اقتصادى. هو المعيار الأصلح لتقرير دولية العقود وتأسيسا على ذلك يصبح تحديد العناصر الإيجابية "المؤثرة" التى تكتنف الرابطة العقدية هو الأساس المهم لدولية العقد متى تعلقت هذه العناصر بمشروع اقتصادى.

فهذا المعيار المزدوج يتمتع بقدر من المرونة تمكنه من مواجهة كافة صور العقود الدولية، ومن بينها عقود ألـ "B.O.T." على النحو الذى سوف نبينه فيما يلى، وإذا كانت مرونة هذا المعيار تستلزم تخويل القاضى سلطة التقدير فى كل حالة على حدة، فإن إعمال هذه السلطة هى مسألة تكييف تخضع دائما لرقابة محكمة النقض.

موقع عقود الـ "B.O.T." من عقود التجارة الدولية وفقا للمعايير الدولية السابقة :

إذا كان الطرف الذى يتعاقد مع الدولة (أو الشخص العام أو الخاص) لتنفيذ عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." - ينتمى لجنسية دولة أخرى - سواء أكان فردا أو شركة أو مجموعة شركات فإن هذا العقد يعتبر من عقود التجارة الدولية، أيا كان المعيار الذى يؤخذ به لتحديد صفة الدولية، أى سواء أخذنا بالمعيار القانونى أو المعيار الاقتصادى، أو المعيار المزدوج.

فطبقا للمعيار القانونى، يعد عقد الـ "B.O.T." من عقود التجارة الدولية لاتصال عناصره القانونية بأكثر من نظام قانونى واحد حيث يبرم فى مصر - مثلا - مع شركة تتمتع بجنسية دولة أجنبية، مقرها خارج مصر يتعلق باستخدام أدوات وتكنولوجيا موجودة لدى دولة الشركة المتعاقدة أو مستوردة من دولة أجنبية أخرى.

ويعتبر العقد دوليا أيا كان الرأى حـول مـدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على وصف هذه الرابطة بالطابع الدولي، وسواء تم الأخذ بالمعيار الموسع الذى يسوى بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أى منها اكتساب العقد للطابع الدولى، أو تم الأخذ بالمعيار المضيق الذى يحدد الصفة الدولية بناء على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية المؤثرة فى الرابطة العقدية، وذلك لأن عقد الـ "B.O.T." ينطوى على عناصر مؤثرة فى تلك الرابطة أهمها محل إبرام العقد، ومكان تنفيذه، ومكان وجود محله. وذلك عندما يتم إبرامه مع شركة أجنبية فى مصر أو خارجها ويتم تنفيذ المشروع المتعاقد عليه فى مصر.

وإذا أخذنا بالمعيار الاقتصادى أمكن أيضا اعتبار عقد الـ "B.O.T." من عقود التجارة الدولية ذلك أنه يتعلق بمصالح التجارة الدولية، وينطوى على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلى لدولة معينة حيث يتضمن جذب الاستثمارات والأموال والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة لتنفيذ مشروع داخل الدولة طالما يترتب عليه حركة وانتقال الأموال عبر الحدود.

وإذا أخذنا بالمعيار المزدوج فإن عقد الـ "B.O.T." يعتبر من عقود التجارة الدولية فهو عقد يتصل بأكثر من نظام قانونى واحد (المعيار القانونى) فهو يبرم بين شخص عام أو خاص (مصرى) - مثلا - وشركة أجنبية، لتنفيذ مشروع فى مصر بهدف تشجيع جذب الاستثمارات الأجنبية والمعدات والتكنولوجيا عبر الحدود، وهو على هذا النحو يمس مصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادى).

وعلى ذلك فإن عقد الـ "B.O.T." الذى يحتوى على طرف أجنبى يعد من عقود التجارة الدولية فى جميع الأحوال وأيا كان المعيار المطبق عليه.

من كل ما سبق نخلص إلى أن عقد الـ "B.O.T." الذى يبرم بين طرفين ينتمى كلاهما إلى نفس الدولة. يعد عقدا تجاريا داخليا. أما إذا كان

أحد أطراف العقد يحمل جنسية دولة أخرى. فإن هذا العقد يعد عقدا تجاريا دوليا أيا كان المعيار الذى يأخذ به الفقه والقضاء فى الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبى سواء أكان قانونيا أم اقتصاديا أم مزدوجا.

وإبرام هذه العقود التجارية الدولية يثير مسائل تتعلق بالقانون التى تخضع له هذه العقود، والاختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة عنها وهو ما نبحثه فى الفصل التالى.

الفصل الثالث

القانون الواجب التطبيق على عقود الـ (B.O.T.) ذات العنصر الدولي والاختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة عنها

تمهيد وتقسيم :

يطلق فقه القانون الخاص وصف (قواعد الإسناد) على تلك القواعد التى تعين للقاضى القانون الذى يجب تطبيقه على العلاقات الدولية. فهى القواعد القانونية التى تبين أيا من قوانين دول العالم أولى من غيره بالتطبيق على المسائل القانونية التى تتنازعها قوانين أكثر من دولة، وهذه القواعد لا تؤدى وحدها إلى الفصل فى النزاع، ولكن دورها أن تشير إلى قانون يؤدى إلى حل موضوعى له[1].

وقد انتهينا فى الفصل السابق إلى أن عقود الـ "B.O.T." قد تبرم بين الدولة، ومستثمر من القطاع الخاص المحلى، دون أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية. فيكون من عقود التجارة الداخلية.

إلا أن أغلب عقود الـ "B.O.T." تبرم بين الدولة ومستثمر أجنبى، نظرا لأن فلسفة نظام الـ "B.O.T." تقوم على جذب الأموال والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة لتنفيذ مشروعات داخل الدولة، ويترتب عليه حركة انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، لذلك فهو – فى أغلب الأحوال – يعتبر من عقود التجارة الدولية.

---

(١) انظر فى ذلك الموضوع:

الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٢٥ وما بعدها؛ وانظر لسيادته أيضا (بصفة عامة) الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثالث، (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى)، مكتبة النصر، ١٩٨٩.

– الدكتور/ عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص – الجزء الثانى – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، ص ١٤.

وغنى عن البيان أن مشكلة تنازع القوانين، أو تنازع الاختصاص لا تثار فى مجال عقود التجارة الداخلية، والتى تخضع - بداهة - للقانون الداخلى، وهو ما يتيح للمتعاقدين العلم المسبق بالنظام القانونى الذى يحكم تعاقداتهم •

إلا أن الوضع يختلف بالنسبة لعقود التجارة الدولية كعقد الـ "B.O.T." المتصل بعنصر دولى (على النحو السابق إيضاحه)، وذلك لارتباطه بأكثر من نظام قانونى واحد مما يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق بشأنه والاختصاص القضائى الذى تخضع له المنازعات الناشئة عنه •

ولأن العلاقات القانونية الدولية تمر بعدة مراحل، أولها التمييز بين الوطنى والأجنبى، وبيان حقوق الأجنبى، فإذا ما تم الاعتراف لهذا الأجنبى بالدخول فى علاقة قانونية، فيجب تعيين القانون المناسب لكى يحكم هذه العلاقة، حتى ولو لم يثر نزاع بشأنها أمام المحكمة، بل أن تعيين هذا القانون يجب أن يكون واضحا قبل أن يقوم ذلك الأجنبى، باستعمال هذه الحقوق وإنشاء هذه العلاقات القانونية، ولا يفوتنا أن ننوه أيضا إلى أن تحديد النظام القانونى الذى يحكم العقد يساعد فى تحديد الآثار الناجمة عن العقد من ناحية تنفيذه، أو عدم تنفيذه، وكذلك حقوق الطرف المضرور عند فسخ العقد، كما يحدد إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة تغير الظروف، وتحديد القواعد الواجبة التطبيق فى حالة التعويض المستحق للطرف المضرور • الأمر الذى يؤكد أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق فى العقود الممتدة أى التى يستغرق تنفيذها وقتا طويلا، ومنها عقد الـ "B.O.T." [١]•

---

(١) يرى جانب من الفقه أنه قد ثبت بالتجربة العملية، أن اختيار القانون الواجب التطبيق له أهمية للطرف الأجنبى المتعاقد مع الدولة أكثر مما للدولة، وذلك بالنظر للمخاطر الجسيمة التى يتحملها الطرف الأجنبى من هذا الاختيار، انظر: الدكتورة/ حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ٢٠٠١، ص ٤٠٨.

لذلك سنبحث أولا مسألة القانون الواجب التطبيق علـــى عقـد الــــ "B.O.T." المحتوى على عنصر أجنبى وثانيا: مسألة الاختصاص القضــائى بنظر المنازعات التى قد تنشأ عن عقــود الـــ "B.O.T."، ذات العنصـــر الأجنبى، فى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق علـــى عقــود الـــ "B.O.T." ذات العنصر الأجنبى.

المبحث الثانى: الاختصاص القضائى الدولى بنظر المنازعات الناشئة عـــن عقود الـــ "B.O.T." ذات العنصر الأجنبى.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على عقود الـ "B.O.T." ذات العنصر الدولى

قواعد التنازع فى شأن عقود الـ "B.O.T." ذات العنصر الدولى :

إذا كانت قواعد الإسناد التقليدية - "وهى القواعد التى تعين للقاضى القانون الذى يجب تطبيقه على النزاع" - قواعد جامدة، محددة على نحو مسبق، وتتصف بالطابع الآمر، وذلك نظرا للصفة الوطنية البحتة التى تتصف بها قواعد الإسناد[١]. إلا أن ضرورات التوسع فى العلاقات الاقتصادية عبر الحدود اقتضت تخويل أطراف العقد التجارى الدولى مكنة حل مشكلة تنازع القوانين التى تثور بشأن عقدهم بأنفسهم وذلك عن طريق الاختيار الصريح أو الضمنى للقانون الواجب التطبيق[٢].

وبذلك أصبح هناك إسناد خاص بعقود العلاقات الدولية الاقتصادية، حيث قاعدة قانون الإرادة التى تعنى أن أطراف العقد يختارون القانون الذى يحكم العقد[٣].

---

(1) Level (P.), Contrat sanloi, Tr. Com. Fr. Dr. int Privè, 1966, P. 218.
(2) MAYER, (P.): Droit international Privé, 5 ed Montchresien, 1994, No 104, P. 463.

(٣) انظر فى ذلك:

YVES – DERAINS: Le chaix du droit applicable du contrats et l`arbitrage international, Bull, de la cour international, d`arbitrage de la CCI, Mai, 1995, V. 6. P. 10.

الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية فى القانون الدولى الخاص، مكتبة النصر، ١٩٩١، ص ٦٣ وما بعدها. الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: نظرات فى القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة ٤٢/١ من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٥٨ وما بعدها. الدكتور/ صفوت عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار فى تطور أحكام القانون الدولى الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص ١٢٣ وما بعدها. الدكتور/ أحمد رشاد محمود =

فإذا خلا العقد مما يشير إلى الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف العقد في اختيار القانون الذى يحكم العلاقة، تعين على القاضى أو المحكم أن يعود إلى قواعد تنازع القوانين فى دولته ليختار من بينها القانون الذى يحكم العقد، حيث يحتوى كل نظام قانونى، تابع لدولة ما على مجموعة من القواعد القانونية تسمى قواعد التنازع أو قواعد الإسناد مهمتها حسم تنازع القوانين من حيث المكان، وذلك عن طريق تفضيل أحد القوانين بواسطة معايير معينة على الأخرى باعتبار هذا القانون أولى القوانين بحكم وتنظيم العقد التجارى الدولى[١].

وعلى ذلك سنحاول من خلال هذا المبحث التعرض للأساليب التى تتبعها الدول المختلفة فى إجراء المفاضلة بين القوانين المتنازعة على حكم وتنظيم العقد الدولى، وعلى هدى ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: دور إرادة طرفى العقد فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى.

المطلب الثانى: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى فى حالة غياب اختيار الطرفين.

= سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية "B.O.T."، فى مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٩٨ وما بعدها.

(١) يقول الأستاذ الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش فى صدد تحديد القانون الذى يحكم العقد الدولى بأن: "هذا التحديد يثير مسألة قانونية ترتبط بالإجابة على ثلاثة أسئلة جوهرية، اختلف بشأنها العلم القانونى فى كافة الدول منذ سنوات عديدة خلت، ويرجع ذلك إلى الخاصية الدولية لهذه العقود، والناشئة عن تضمنها لعناصر مرتبطة بأكثر من دولة، وأما الأسئلة المشار إليها آنفا، فهى كالتالى: الأول منها يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة وحدوده، ومدى تسليم الفقه والقضاء به، والثانى يتعلق بقواعد التنازع فى حال غياب التعبير الصريح عن الإرادة، وأما السؤال الثالث: فهو خاص بتحديد مجال القانون الذى يحكم العقد".

انظر مؤلف سيادته: النظام القانونى لاتفاقية القرض الدولى، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص ١١٢.

المطلب الأول

دور إرادة طرفى العقد فى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد "B.O.T."

(نظرية قانون الإرادة)

كان الفقيه الفرنسي دى مولان Du Moulin أول من نـــادى بفكـرة إعطاء المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد بإرادتيهما وتلقـــف الفقـــه هـذه الفكرة، وقام ببلورتها وتنقيحها لتصبح نظرية سميت "بقـــانون الإرادة الـــذى يحكم موضوع العقد"[١].

وطبقا لهذه النظرية يكون من حق طرفى عقود الدولة أن يختـــارا - بمطلق الحرية - القانون الذى يحكم العقد المبرم بينـــهما والـــذى يجـب أن

---

[١] انظر:

- Roger Doyant: determination de la loi campetence, Juris – Class – dr – int. 1959 – 8 – FAX – 552 – A, P. 1.
- Pierre Mayer, Droit international prive, monticherstien, Paris 3 ed – P. 419.

الدكتور/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربـــى، ١٩٨١، ص ١١٧، ١١٨. الدكتور/ أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود مشـــروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص "B.O.T."، بحث مقدم إلـــى الـــدورة المتعمقـــة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس، فى ٩/٢٢ - ٢٠٠١/١٠/٢٠، ص ٢.

Batiffol (H.) et lagarde "P.": Droit international privé, Paris. L.G.D.J.T.I., 7 éme éd 1986, P. 275.

الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش والدكتور/ عمر أبو بكـــر باخشـــب: النظـــام القـــانونى للاتفاقيات البترولية فى دول مجلس التعاون الخليجى، مؤسسة شباب الجامعة، الإســـكندرية، ١٩٩٠، ص ٣٧١ وما بعدها. الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: نظريـــة العقـــد الدولـــى الطليق، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٩، ص ١٧٢. الدكتور/ هشام علـــى صـــادق: ســـابق الإشارة إليه، ص ٢٩٨ وما بعدها. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد: سابق الإشارة إليه، ص ٣٩٢ وما بعدها. الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشـــارة لإليـــه، ص ٢٧٦ ومـــا بعدهـــا. الدكتور/ محمد عبد العزيز بكر: نظرية العقد الإدارى عبر الحدود، رسالة دكتـــوراه، كليـــة الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٠، ص ٢٧٨ وما بعدها.

يحترمه القاضى أو المحكم الذى ينظر منازعات هذا العقد لأنه بناء على حق طرفى العقد فى اختيار أنسب قانون لكى يحكم عقدهما • فإذا لم توجد هذه الإرادة الصريحة، فإنه يتعين البحث عن إرادتهم الضمنية، إذا كانت هناك قرائن تدل على هذه الإرادة•

الأساس الفقهى لنظرية الإرادة :

اختلف الفقه القائل بنظرية حق الأطراف فى اختيار القانون الذى يحكم العقد، حول الأساس الذى تقوم عليه هذه النظرية حيث ذهب جانب كبير[١] إلى أن تبنى مبدأ سلطان الإرادة Autonomie de la volonte، يمثل سلطة تفرض نفسها على القاضى، تجعله لا يستطيع أن يخضع هذا الاختيار لرقابته، من حيث مشروعيته ومناسبة استخدامه، ويتعين احترامه بوصفه نوعا من التعاقد الوارد على اختيار قانون معين، وعلى ذلك فإن هذا القانون الذى اختاره أطراف العقد، لا ينطبق بوصفه نظاما يفرض أحكاما قانونية عليهم، وإنما باعتبار أن قواعده اندمجت فى الكيان القانونى للعقد بمقتضى اختيارهم[٢].

---

(١) انظر:

J. M. JACQUET: Principe d`autononie et contrats internationaux Economica. Paris, 1983, PP. 129 – 169.

الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة، سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، تنازع القوانين، ١٩٧٤، ص ٧٩٨. الدكتور/ عبد العزيز أحمد بكر، الرسالة سابق الإشارة إليها، ص ١٨١.

(٢) وقد أخذ دليل العقود الدولية للتعاون الصناعى، والذى وضعته اللجنة الاقتصادية لأوربا التابع للأمم المتحدة بنظرية قانون الإرادة فى تلك العقود، وكذلك مشروع دليل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى .C.N.U.D.C.I، والخاص بعقود إنشاء المنشآت الصناعية أخذ بمبدأ قانون الإرادة• انظر توصيات المجمع منشورة فى:

Rev. Crit. 1980. PP. 427 – 428.

حيث تنص المادة الأولى على أن:

“Les contrats enter un Ètat et une personne privée étrangére sont soumis aux régles de droit choisies par les parties”.

بينما يعارض جانب آخر من الفقه الرأى السابق، ويرى أن نظرية الإرادة تقوم على تركيز المتعاقدين علاقتهما القانونية فى إطار نظام قانونى معين يعتبر أنه أنسب لحكم العلاقة العقدية، ويستند هذا الرأى فى ذلك إلى أن دور المتعاقدين ينحصر فى معاونة القاضى لإستخلاص أنسب تركيز للعلاقة العقدية[١].

نقد نظرية سلطان الإرادة :

تعرض الرأى القائل بتأسيس نظرية الإرادة على مبدأ سلطان الإرادة إلى موجة من الانتقادات نوجزها فيما يلى:

(أ) إن اختيار الأطراف لقانون معين ليحكم العلاقة العقدية ليس له قيمة أو قوة ملزمة، فهو لا يستمد هذه القوة إلا من القانون وبالتالى فليس فى مقدور هذا الاختيار أن يجعل قانونا معينا مختصا.

(ب) إن نظرية قانون الإرادة يحيط بها الشك عند القول بإمكان القاضى أو المحكم استخلاص الإرادة الضمنية من الظروف الملابسة للعقد عند غياب الإرادة الصريحة، إذ يعطى للقاضى أو المحكم - عندئذ - الفرصة للتحكم غير المقبول.

(ج) يقال أنه ليس من المقبول أصلا أن يترك لأطراف العقد اختيار القانون الذى يحكم علاقتهم، فمن المنطقى أن يكون القانون هو المختص بذلك. إذ إن من شأن الأخذ بهذه النظرية على هذا الأساس أن تؤدى إلى الغش أو التحايل على القانون، وذلك لأنه طبقا لهذه النظرية المؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة، يكون من حق أطراف الرابطة العقدية اختيار

---

(١) الدكتورة/ سامية راشد: دور المادة ٢٤ مدنى فى مدى حل مشكلات تنازع القوانين، نظرة مستقبلية، المطبعة العالمية، ١٩٨٥، ص ١٢، ١٣. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٣٩٦. الدكتور/ سلامة فارس عرب، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣٢ وما بعدها.

قانون ليس هو القانون المختص فى العادة وهو ما يمثل تحايلا على القانون[١].

فكرة تركيز العقد :

نظرا للانتقادات التى وجهت إلى الرأى القائل بتأسيس فكرة قانون الإرادة على مبدأ سلطان الإرادة فقد ذهب العميد "باتيفول" "Batiffol" إلى القول بفكرة تركيز العقد، وتقوم هذه الفكرة على أن المتعاقدين عندما يختارون قانون - ما - ليحكم علاقتهم التعاقدية فإنهم إنما يقومون بتركيز علاقتهم فى مقر معين فى ضوء عناصر العلاقة والظروف الملابسة لها، وبناء عليه فإن العقد يحكمه قانون الدولة الذى قام أطرافه بتركيزه على إقليمها، وبالتالى فإن إرادة الأطراف لم تتناول تحديد القانون الذى يحكم العقد، ولكنها فقط قامت بتحديد قانون مقر العقد[٢].

تأييد التشريعات المختلفة والاتفاقيات الدولية لقانون الإرادة :

أقرت معظم تشريعات الدولة المختلفة نظرية قانون الإرادة[٣]، فاعترفت بحق أطراف العلاقة العقدية فى اختيار القانون الذى يحكمها،

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانونى لاتفاقيات القرض الدولى، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ١٥٢. الدكتور/ هشام صادق، سابق الإشارة إليه، ص ٢٩٣ وما بعدها. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، الرسالة سابق الإشارة إليها، ص ٢٩٦، ٣٩٧. الدكتور/ محمد عبد العزيز بكر، رسالته سابق الإشارة إليها، ص ٢٩٤ وما بعدها.

(٢) انظر:

Batiffol et Lagrade, Op. Cit., P.P. 266 etS.

- الدكتور/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ص ١٣٣، ١٣٤. الدكتور عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص - الجزء الثانى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الحادية عشر، ١٩٨٦، ص ٢٤٢ - ٢٤٧. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد: الرسالة سابق الإشارة إليها، ص ٣٩٨، ٣٩٩. الدكتوره، سامية راشد" دور المادة ٢٤ مدنى فى حل مشكلات القوانين، ص ١٤، ١٥.

(٣) الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٠٢.

والمشرع المصرى أخذ بذلك فى المادة ١٩ من القانون المدنى: "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه".

كما أخذ بذلك فى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فنص فى الفقرة الأولى من المادة (٣٩) على أن "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قواعد قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

وقد اقتفى القانون المدنى الليبى أثر القانون المدنى المصرى، فنص على ذات المبدأ فى المادة (١٩) منه، وكذلك فعل القانون السورى فى المادة (٢٠) منه.

واعتمدت نظرية قانون الإرادة الكثير من المعاهدات والاتفاقات الدولية ونذكر منها على سبيل المثال، اتفاقية "لاهاى" الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولى للبضائع فقد نصت على الأخذ بها فى المادة ١/٧:

"La vente est régie par la loi choisir par les parties".[١]

وكذلك نصت على الأخذ بها معظم اتفاقات وقوانين ولوائح التحكيم الدولى فالمادة ٣٣ من قواعد التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى C.N.U.D.C.I. قد نصت فى فقرتها الأولى "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذى يعينه الطرفان"[٢].

---

[١] الاتفاقية منشورة فى:

R. C. 1985 PP. 773 – 781.

[٢] مطبوعات الأمم المتحدة باللغة العربية، يونيه ١٩٧٨.

وكذلك المادة السابعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى والموقعة فى جنيف ١٩٦١ والتى نصت على: "للأطراف حرية تحديد القانون الذى يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع".

وكذلك المادة ١/٢٨ من أنموذج قانون لجنة القانون التجارى الدولى على التحكيم التجارى الدولى والذى تمت الموافقة عليه فى ٢١ يونيه ١٩٨٥ والتى جاء بها: "تفصل هيئة التحكيم فى النزاع وفقا لقواعد القانون التى يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع"[(١)].

كذلك أخذت بهذه النظرية المادة (١/٤٢) من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار[(٢)]، فنصت فى فقرتها الأولى على أن: "تفصل المحكمة فى النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التى اتفق عليها الأطراف ...".

خضوع عقود الدولة لنظرية قانون الإرادة :

ذكرنا أن غالبية تشريعات الدول والكثير من المعاهدات والاتفاقيات الخاصة بالعقود والتحكيم الدوليين قد أقرت تطبيق نظرية قانون الإرادة على العقود الدولية، ولكن التساؤل الذى يثار فى هذا الصدد هو مدى خضوع عقود الدولة لهذه النظرية؟

---

(١) فقد جاءت هذه المادة باللغة الفرنسية كالتالى:

"Le tribunal arbitral tranche le différent comformement aux régles de droit choisis pas les parties comm étant, applicable au fond du differend".

والقانون منشور فى:

Rev. Arb. 1986 PP. 601 – 615.

(٢) من خلال مجهودات البنك الدولى للإنشاء والتعمير برز إلى حيز الوجود المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ فى ١٨ مارس ١٩٦٥ وهى اتفاقية دولية متعددة الأطراف، دخلت فى حيز النفاذ فى أكتوبر ١٩٦٦، انظر فى ذلك: الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: نظرات فى القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة ١/٤٢ من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١٥.

وللإجابة على هذا التساؤل، ذهبت غالبية فقه عقود الدولة[١]، إلى القول بخضوع هذه العقود لنظرية قانون الإرادة، فأطراف هذه العقود (الدولة أو مشروعاتها العامة والمتعاقد الأجنبى) لهم حرية تحديد القانون الذى يحكم عقودهم.

ويقول البعض[٢] فى تطبيق هذه النظرية على عقود القروض بوصفها إحدى صور عقود الدولة: "فلم يترام إلى سمعى أن هذه المنظمات الممثلة للتجارة الدولية والمصارف وصناديق التنمية التى تعنى بالقروض توجه انتقادات لخضوع العقد لقانون الإرادة، بل أنه يبدو، وعلى خلاف ذلك، أن هذه النظرية تتمتع بتأييد تلك الأوساط وهو أمر ليس بمستغرب، وذلك لمرونة هذه القاعدة والتى تتفق مع مقتضيات التجارة الدولية وتسهم فى انسياب رؤوس الأموال".

وأخذ مشروع دليل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى C.N.U.D.C.I. والخاص بعقود إنشاء المنشآت الصناعية.بفكرة قانون الإرادة فقد جاء به:

"Le dètermination de la législation applicable au contrat est règie par les régles du droit international privé. Ces régles laissent aux parties une atitude considerable en ce aui concerne le choix de la législation applicable au contrat".[3]

---

(١) الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، سابق الإشارة إليه، ص ٦٤. الدكتور/ صفوت أحمد عبد الحفيظ، سابق الإشارة إليه، ص ١٤٩ وما بعدها. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٠٥.

(٢) الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانونى لعقد القرض الدولى، ص ١٥٧.

(٣) انظر:

C.N.U.D.C.I. doc. A.C.N. 9 – WG.V.W. 15. Add 31 P. 2.

وكذلك أخذ دليل العقود الدولية للتعاون الصناعي والـــذي وضعتــه اللجنة الاقتصادية لأوربا التابعة للأمم المتحدة بفكرة قانون الإرادة[١].

وكذلك قررت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايـــا الدول الأخرى فى المادة ٤٢ الفقرة الأولى: "ان محكمة التحكيم تفصل فـــى النزاع طبقا للقواعد القانونية المتفق عليها بواسطة الإطراف المتنازعة وهـــى الدول المستثمرة".

وإذا انتقلنا إلى ساحات التحكيم الدولى، نجد أن محاكم التحكيم تلــتزم فى أحكامها بالقانون المختار بواسطة الأطراف المتنازعة بوصفـــه قـــانون إرادتهم[٢].

ومن بين هذه الأحكام حكم التحكيم الصـــادر مـــن مركـــز تســـوية منازعات الاستثمار .C.I.R.D.I فى ٣٠ نوفمبر ١٩٧٩ فى القضية الخاصـــة بالنزاع بيـــن دولة الكونغو وإحدى الشركات الإيطالية، فقـــد طبـــق محكـــم المركز قانون دولة الكونغو مع تكملته بالمبادئ العامة للقانون الدولى وذلـــك استنادا لاتفاق الأطراف المتنازعة على ذلك وهو الأمر الذى ســـمحت بـــه المادة ١/٤٢ من اتفاقية واشنطن والتى أعطت للأطراف المتنازعة اختيـــار القانون الذى يحكم منازعاتهم[٣].

---

[١] انظر:

C.C.E.., guide pour la rédaction de contrats internationaux de coopération industrielle, N.U. 1976 – ECE. Trade. 124 Numero de vente: F. 76-11. E. 14 P. 24.

[٢] انظر:

"Le tribunal statue sur le differend conformemint au regles de droit edoptees par les parties".

[٣] فقد جاء بحكم تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار:

Le tribunal droit prendre sa décision conformement aux dispositions du droit applicable stipule au paragraphe 2 de l`art. 15 de l`accord ledit article lic les parties et a force de loi pour le tribunal et vertu de l`article précité de la convention".

انظر حكم:

C.I.R.D.I. 30 Nov. 1979, Rev. crit 1985 Note Batiffol P. 98.

كيفية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق :

تمنح الغالبية العظمى من التشريعات فى العالم، أطراف عقود التجارة الدولية، ومنها عقود الـ "B.O.T."، حق تعيين القانون الواجب التطبيق، وفى الغالب يختار الأطراف القانون الوطنى لأحدهم، أو قانون محل تنفيذ العقد، أو محل إبرامه، أو قانون محايد• وهو ما نبحثه فيما يلى:

(أ) اختيار الأطراف للقانون الوطنى لأحدهم :

لما كان الغالب أن يكون المتعاقد مع الجهة الجكومية - لتنفيذ العقد - هو طرف أجنبى فإن نظرية الإرادة تعطى المتعاقدين حق اختيار القانون الذى يتمشى مع اتفاقهم، وقد يقع هذا الاختيار على قانون دولة أحدهم ليكون هو الواجب التطبيق، وترجع قاعدة اختيار القانون الوطنى لأحد الأطراف إلى القرن السادس عشر[1]، وقد أورد الأستاذ "Bockstiegel" فى مؤلفه "الدولة والاتفاق مع طرف أجنبى خاص"، عدة حالات يختار بينها المتعاقدون ما يلائم مصالحهم وهى:

١ - اختيار القانون الوطنى لأحد طرفى العقد، أو قانون دولة أخرى محايدة•

٢ - اختيار مزيج من القواعد القانونية فى دولتى المتعاقدين•

٣ - اختيار مزيج من القواعد القانونية لقانون وطنى ومبادئ حسن النية•

٤ - اختيار القانون الدولى•

٥ - اختيار المبادئ القانونية المماثلة لنظم القوانين المحلية لكلا الطرفين المتعاقدين•

٦ - اختيار المبادئ العامة للقانون•

٧ - اختيار مزيج من قواعد قانون وطنى وآخر دولى•

---

(١) الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر فى قانون العلاقات الخاصة الدولية، المكتبة العالمية، المنصورة، ١٩٨٤، ص ٢٣٢.

٨ - ترك حرية الاختيار للمحكمين يحددون بأنفسهم القانون الواجب التطبيق(١).

(ب) اختيار قانون محل تنفيذ العقد أو محل إبرامه أو قانون محايد :

لما كانت عقود التجارة الدولية تخضع لقانون الإرادة، لذا يكون لأطراف العقد اختيار قانون محل تنفيذ العقد أو محل إبرامه.

فالمشرع المصرى فى المادة ١٩ مدنى ينص على أنه: "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه".

وقد اختارت مجموعة دول السوق الأوربية المشتركة فى المشروع التمهيدى للاتفاقية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق، أن يكون قانون الدولة التى يتعين تنفيذ العقد فيها واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية(٢).

وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من المشروع التمهيدى للاتفاقية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق لمجموعة دول السوق الأوربية المشتركة.

---

(١) انظر:

Bockstiegel, "K. H." Derstata als vertags partner ausland ischer privatun tarm hmen "Frankfurt" 1961. P. 223.

مشار إليه لدى الدكتور/ محمود الكيلانى: عقد التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربى، ١٩٩٥، ص ٥٣٣، ٥٣٤.

وذكر بوكستيجل "Bockstiegel" أنماطا من العقود التى تلائمها إحدى الحالات السابقة وهى عقود الامتياز، وحقوق الاستغلال، وعقد التطوير الصناعى وإمداد السلع، والخدمات، وعقود التعاون الصناعى.

(٢) الدكتور/ نصيرة بو جمعه سعدى: عقود نقل التكنولوجيا فى مجال التبادل التجارى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٤٠٤.

والأصل أن للمتعاقدين مطلق الحرية فى اختيار القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك، فمن الخير اختيار قانون له صلة بالنزاع[1]، كقانون جنسية أحدهما، أو قانون الدولة التى أبرم فيها العقد، أو التى يتم فيها التنفيذ، أو التى يجرى فيها التحكيم، فالفقه الحديث متجه إلى أن يضع هذا القيد على حرية الاختيار منعا لتعسف أحد المتعاقدين بالآخر بإجباره على قبول قانون غريب عليه، ولا يمت للنزاع بأى صلة، وكذلك لا يفوت عليهما اختيار إحدى الاتفاقيات الدولية لتنفيذ الأحكام الأجنبية أو أحكام المحكمين[2] لتسرى على العقد[3].

على أن اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وهو ما نبحثه فيما يلى:

(أ) **الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد** :

يكون الاختيار للقانون الواجب التطبيق على عقد الـ "B.O.T." صريحا بإفصاح أطراف العقد عن إرادتهم فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة، ويمكن أن يرد شرط اختيار القانون الواجب التطبيق فى نصوص العقد، وفى ذلك تطبيقا عمليا للحق الذى منحه القانون للأطراف فى اختيار القانون الذى يحكم العقد، وغالبا ما يختار الأطراف القانون الذى يحقق رغباتهم، ويعبر عن مصالحهم[4].

---

(١) الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣٣.

(٢) مثل اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨.

(٣) الدكتور/ محسن شفيق: نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة الحرم الجامعى، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٠١.

(٤) راجع: الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا"، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء بالمنصور، ١٩٩٦، ص ١٠٩٥. الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٢٩. الدكتور/ محمد عبد العزيز بكر، سابق الإشارة ليه، ص ٣٢٦. الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية فى القانون الدولى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٦٤.

على أن ذلك ليس بالأمر اليسير، فمصالح طرفي العقد - دائما ما تكون متعارضة، وفى الغالب يحاول كل طرف اختيار القانون الذى يكون أكثر تحقيقا لرغباته ومصالحه٠

ومن أمثلة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فى مجال عقود الـ "B.O.T."، نص المادة ١٨ - ٣ - هـ من اتفاقية إنشاء محطة كهرباء (سيدى كرير) - سابق الإشارة إليها - على أن: "يسرى القانون المصرى على النزاع ٠٠٠"٠ وكذلك نص المادة الثانية من عقد إنشاء مطار العلمين، سابق الإشارة إليه، على أن: "أ - يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية ٠٠٠"٠ وأيضا نص عقد إنشاء وإدارة محطة الحاويات بميناء العين السخنة على خضوع هذا العقد لأحكام القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ وأحكام القوانين المصرية المعمول بها٠

(ب) **الاختيار الضمنى للقانون الواجب التطبيق على العقد** :

إذا اتفق الأطراف فى العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يطبق هذا القانون على العقد، ولكن المشكلة تثار فى حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[١]، وقد يرجع ذلك إلى عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد٠

وليس معنى عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من جانب الأطراف انتهاء دورهم فى هذا الشأن، إذ يتعين الكشف عن إرادتهم الضمنية وفى هذه الحالة نكون بصدد اختيار ضمنى لقانون العقد٠

وتوجد مجموعة من القرائن تساعد فى الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن هذه القرائن لغة العقد، ومكان إبرام العقد، وموطن أحد المتعاقدين إذا كان الأداء الرئيسى فى العقد يرتكز عليه، إلا أن اللغة تعد من القرائن الضعيفة فى

---

(١) الدكتور / هشام صادق، سابق الإشارة إليه، ص ٣١٩.

هذا الشأن[١]، وهناك أيضا ظروف وملابسات العملية التعاقدية[٢]، ويمكن أيضا الكشف عن الإرادة التعاقدية للمتعاقدين بواسطة استخدام الشرط المانح للاختصاص، حيث يمكن اعتبار القضاء المختار هو قضاء البلد الذى يجب تطبيق قانونه[٣]، وفى النهاية فإن استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هى مسألة واقع، وتخضع لسلطة القاضى التقديرية ولا تخضع لرقابة محكمة النقض.

تطبيقات الاختيار الضمنى لقانون العقد :

تعرض المشرع المصرى لحالة عدم وجود اتفاق صريح من قبل الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فنص فى القانون المدنى المصرى على تطبيق القانون الذى يتبين من الظروف المحيطة اتجاه ما قصد المتعاقدين إلى تطبيقه، حيث جعل المشرع المصرى الأولوية لاتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، ويستدل على الأخير بالقرائن الدالة على الاختيار الضمنى[٤].

وذهب البعض[٥] إلى أن إقرار المشرع المصرى للاختيار الضمنى للقانون الواجب التطبيق على العقد يستفاد من نص المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى، "هذا ما لم يتفق المتعاقدان" وليس من عبارة "أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه".

---

(١) الدكتور/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٣٢٤.

(٢) الدكتور/ مصطفى عبد المحسن الحبشى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٨. الدكتور/ محمد عبد العزيز بكر، سابق الإشارة إليه، ص ٤١٠.

(٣) انظر:

D. GUTMANN: Droit international prive, Paris, Dalloz 1999. P. 177, N° 236.

(٤) يراجع فى هذا الشأن نص المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى.

(٥) الدكتور/ سلامة فارس عرب، سابق الإشارة إليه، ص ٢٧٢، ٢٧٣.

ونتفق مع ما ذهب إليه البعض[١] من أن المشرع المصرى نص على الاختيار الضمنى فى عبارة "أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر ..." حيث إن هذه العبارة توجب على القاضى – أو المحكم – البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ولو أراد المشرع المصرى غير ذلك لما أورد العبارة الأخيرة من نص المادة ١/١٩ من القانون المصرى.

مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد :

نود أن نشير – فى البداية – إلى أن طرفى عقود الدولة – سواء أكانت الدولة نفسها أم أحد مشروعاتها العامة، وكذا المتعاقد الآخر، يتمتعان بقدر متساو من الحرية فى اختيار القانون الذى يحكم العقد، ومن غير المتصور – كقاعدة عامة – أن ينفرد أحد هذين الطرفين بهذا الاختيار إلا فى الحالات الاستثنائية التى يكون فيها تحديد هذا القانون مفروضا على الأطراف بحكم القوانين المعمول بها فى الدول التى يتبعها الإطراف المتعاقدة.

وقد انقسم فقه القانون الدولى الخاص بالنسبة لمسألة مدى حرية المتعاقدين فى هذا الاختيار وذلك بالنسبة للعقود الدولية بصفة عامة. فذهب اتجاه إلى القول بأن للمتعاقدين الحرية الكاملة فى اختيار القانون الذى يحكم عقودهم بدون قيد أو شرط وكل ما يجب توافره هو أن يكون هذا الاختيار قائما على حسن النية وأن يكون معقولا. فإذا توافر ذلك وجب الأخذ بهذا الاختيار، حتى ولو كان القانون المختار منبت الصلة بالعقد[٢].

---

[١] الدكتور/ مصطفى عبد المحسن الحبشى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٩، الدكتور/ محمد عبد العزيز بكر، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣٣.

[٢] انظر بالتفصيل:

- Batiffol "H." et lagarde "P.", Op. Cit., 7ᵉ ed P. 273.
- Dayant "Roger", Op. Cit., Fax. 552 – C. P. 5. =

بينما ذهب اتجاه ثان إلى القول بتقييد حرية المتعاقدين فى الاختيار وذلك بشرط أن يكون القانون المختار تربطه بالعقد صلة حقيقية، ويعتمد هذا الاتجاه فى أسانيده على فكرة تركيز العقد، فطبقا لهذه الفكرة - كما عرضنا لها آنفا - ينحصر دور إرادة المتعاقدين فى الاختيار فى أن يقوموا بتركيز العقد فى مكان معين طبقا لملابسات هذا العقد، فإن اتجهت إلى قانون بعيد عنه فإنها تكون قد تجاوزت الهدف المقصود من تخويلها هذا الاختيار للقانون وذلك لأن الهدف هو أن يقوم المتعاقدان بتركيز العقد فى المكان الذى يرتبطان به فعلا، فإذا انحرفت الإرادة عن ذلك كان لزاما إهمالها وطرح القانون المختار جانبا واختيار قانون آخر أكثر اتصالا بالعقد من الناحية الواقعية[١].

ويتوسط اتجاه ثالث بين الاتجاهين سالفى الذكر، وهو يمثل الاتجاه السائد فى فقه القانون الدولى الخاص حيث يرى أنصاره أن إرادة المتعاقدين فى الاختيار ليست مطلقة كما ذهب الاتجاه الأول، وهى كذلك ليست مقيدة على حد قول الاتجاه الثانى. وإنما يشترط فقط لصحة الاختيار أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد وبحيث لا يكون الأول

- وأيضا:

الدكتور/ عز الدين عبد الله، سابق الإشارة إليه، ج ٢، ص ٤٤٠، الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة، سامية راشد: أصول التنازع، ص ٢٥٩، الدكتور/ هشام صادق: تنازع القوانين، ص ٦٦٠، الدكتور/ يوسف الأكيابى، سابق الإشارة إليه، ص ٣٣٦، الدكتور/ مصطفى عبد المحسن الحبشى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٢٠.

(١) انظر:

- Mayer. (PIERRE): Op. Cit., P. 428.
- الدكتور/ فؤاد رياض، الدكتورة/ سامية راشد: أصول التنازع، ص ٢٥٩ - ٢٦٠، الدكتور/ يوسف الأكيانى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

منبت الصلة بالعقد، ويتحقق ذلك باختيار قـانون جنسـية أو موطـن أحـد المتعاقدين، أو قانون مكان إبرام أو تنفيذ العقد[١].

ومن جانبنا نؤيد هذا الرأى الأخير لكونه يمثل الاعتدال والبعد عـن التطرف.

هذا فى حالة اختيار الطرفين للقانون الذى يحكم العقد، فماذا لو سكت الطرفان عن هذا الاختيار؟ هذا ما نجيب عنه فى المطلب التالى.

المطلب الثانى

كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فى حالة غياب اختيار الطرفين

إذا كان لطرفى العقد حرية تحديد القانون الواجب التطبيق إلا أنـهم أحيانا قد يسكتون عن تحديد هذا القانون تاركين للقضاء أو لهيئـة التحكيـم تحديده.

عندئذ يلجأ القاضى عند تحديد القانون الواجب التطبيق إلى قواعـد الإسناد فى قانـون الوطن لأنه مقيد باتباع هذا الإجراء وفقا لقانون دولتـه التى يصدر باسمهـا حكمه، وهو ما يختلف عن هيئة التحكيـم فـى هـذا المجال، لأن الأخيرة ليس لها قانون ولا تصدر أحكامها باسم دولة معينـة، وبالتالى لا تخضع لسيادة أية دولة حتى ولو كانت هذه الدولـة طرفـا فـى النزاع[٢].

---

[١] انظر: الدكتور/ عز الدين عبد الله، سابق الإشـارة إليـه، ص ٤٤١، الدكتـور/ يوسـف الأكيانى، سابق الإشارة أليه، ص ٣٢٧، الدكتور/ عوض الله شيبة للحمد، سابق الإشارة إليـه، ص ٤١٣.

[٢] الدكتور/ أبو زيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ص ١٥١.

بناء على ذلك يجوز للقاضى أو لهيئة التحكيم أن تقضى فى النزاع وفقا للقانون الذى تختاره ولها كذلك حرية الفصل فى المنازعات دون التقيد بأحكام قانون معين، بشرط أن يجيز أطراف النزاع ذلك.

وفى كل الأحوال فإن القاضى أو هيئة التحكيم تتقيد باتفاق طرفى النزاع وتلتزم بمراعاة الأعراف التجارية[١]، وهى تقضى فى النزاع بمقتضى قواعد العدالة حسب ما يمليها عليها ضمير المحكمين على أن لا تخالف القواعد الآمرة فى القانون، ولقد جاء بمعظم التشريعات الوطنية النص على التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون الموضوعية الآمرة منها والمفسرة شأنها فى ذلك شأن القاضى، وأجازت هذه التشريعات للخصوم الاتفاق على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون[٢]، وشرط التحكيم الذى يترك لهيئة التحكيم سلطة الفصل فى النزاع وفقا لقواعد العدالة يعرف بشرط التحكيم الطليق.

وقد أجازت مثل هذا الشرط أحكام القانون الفرنسى حيث تضمن نص المادة ١٠١٩ من قانون المرافعات أن لأطراف العقد تفويض المحكمين سلطة الفصل فى منازعاتهم وفقا لقواعد العدالة ويستنتج من هذا النص أن هذه السلطة الممنوحة للمحكمين تعنى تنازل طرفى النزاع عن كافة طرق الطعن بما يعنى صيرورة حكم التحكيم نهائيا بعد النطق به إلا من سبب واحد يبقى معه للخصوم حق ممارسة الطعن فى الأحكام التحكيمية وهو المبنى على سبب يتعلق بالنظام العام[٣].

---

(١) الدكتور محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص ١٠٩.

(٢) الدكتور/ محسن شفيق: التحكيم التجارى الدولى، دراسة مقارنة فى قانون التجارة الدولية، الطبعة ١٩٧٣، جامعة القاهرة، ص ١٧٠، وانظر أيضا نص المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المصرى.

(٣) الدكتور/ محسن شفيق: المرجع السابق، ص ١٧٠.

أسس اختيار القضاء أو هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق :

توجد عدة اتجاهات تبين طريقة اختيار القانون الأنسب، ومن هذه الاتجاهات ما يرى ضرورة إعمال قواعد تنازع القوانين التى يحمل جنسيتها المحكم، ومنها ما يرى أن المحكم يستطيع البحث عن القانون الذى يحكم موضوع النزاع من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين الخاصة بدولة الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك لأطراف النزاع، ومنها ما يرى اختيار قواعد الإسناد فى القانون الذى تم اختياره ليحكم إجراءات التحكيم، لتحدد على ضوئها القانون الذى يحكم موضوع النزاع، ومنها ما يقول بإعمال قواعد الإسناد فى قانون القاضى الذى كان من المفروض أن يختص بالنزاع والذى استبعد بمقتضى شرط التحكيم، ومنها ما يذهب إلى البحث من خلال أعمال قواعد التنازع فى قانون الدولة التى سيجرى فيها تنفيذ الحكم التحكيمى وهناك اتجاه يرى تطبيق قانون الدولة التى يجرى على إقليمها التحكيم[1].

ورغم تعدد الاتجاهات المدعمة بحجج أنصارها والنقد الموجه لها إلا أن هيئات القضاء والتحكيم تمارس دورها فى اختيار القانون الذى ستطبقه على موضوع النزاع وفقا للوائحها أو على النحو الذى تراه مناسبا للفصل فى النزاع.

وهيئات القضاء أو التحكيم عادة تستعين عند اختيار القانون الواجب التطبيق بالمبادئ القانونية العامة، أو قواعد القانون الدولى أو قانون الدولة المتعاقدة، أو قواعد قانون التجارة الدولية، ولأن هذه هى أهم المصادر التى يستعين بها القاضى أو المحكم الدولى لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فسوف نتحدث بشىء من الإيجاز - فيما يلى - عن هذه المصادر.

---

(1) Georges Van Hecke, Les accords entre un Etate et un personne prvee etrangere, rapport, AIDI, 1977, P. 49.

أولا : المبادئ العامة فى القانون :

يستعين القاضى أو المحكم بمبادئ القانون التى تعتبر عاملا مشتركا بالنسبة لمعظم الأنظمة القانونية وقوام هذه المبادئ أنها تركز على حسن النية فى التعامل وتعويض الضرر وغير ذلك[١].

ويمكن تعريف المبادئ العامة للقانون بأنها القواعد العامة والأساسية والتى تهيمن على الأنظمة القانونية وتتفرع منها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ فى صورة التشريع والعرف، فى حين أنها فى دائرة العلاقات الدولية، لا تحمل كلها نفس الطابع فالبعض منها يستخلص من النظام القانونى الداخلى، والآخر يكون أساسه النظام القانونى الدولى، فالنوع الأول يمكن أن نمثل له بمبادئ حسن النية، وعدم التعسف فى استعمال الحق . وأما النوع الثانى فإنه يمثل المساواة بين الدول وحق الدولة فى التمتع بثرواتها الطبيعية[٢].

وأما المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدينة فيعرفها به البعض بأنها: "المبادئ التى تعلو على كل خلاف والتى تكون الأسس القانونية فى البلاد المتحضرة"[٣].

وقد تنص بعض العقود، والاتفاقات التى تبرمها الدول على تطبيق هذه المبادئ صراحة مثل اتفاقية الامتياز البترولى المبرمة بين قطر وشركة نفط .G.P.C سنة ١٩٣٥ والتى نصت فى المادة ١٦ منها: "تفصل

---

(١) الدكتور/ أحمد صادق القشيرى: الاتجاهات الحديثة فى تعيين القانون الذى يحكم العقود، سابق الإشارة إليه، ص ٨٤.

(٢) الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣١.

(٣) انظر: الدكتور/ مفيد شهاب: المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولى – المجلة المصرية للقانون الدولى، مجلد ٢٣، لعام ١٩٦٧، ص ٣.

- Lord Mcnair, the genreral principales of law recognited by civilited nations, B.Y.B.I.L. 1957, PP. 1 – 4.

الدكتور/ محمد عبد العزيز بكر، سابق الإشارة إليه، ص ٥٨١، الدكتور/ سلامة فارس عرب، سابق الإشارة إليه، ص ٤٠٤.

محكمة التحكيم وفقا للمبادئ العامة للقانون المعترف بها لدى الأمم المتمدينة"(١).

ويعد اللورد Mcanir من أشد المناصرين لتطبيق هذه المبادئ على عقود الدولة، ويرى فى مقاله الذى خصصه لدراسة هذه المبادئ أن المحكمين الدوليين أخذوا بها فى الكثير من المنازعات المتعلقة بعقود الدولة، ومن القضايا التى أشار إليها قضية Goldfields فهو يرى أن محكمة التحكيم التى نظرت تلك القضية قامت بتطبيق المبادئ العامة المعترف بها فى الأمم المتمدينة على النزاع المطروح أمامها(٢).

وذهب جانب من الفقه المصرى(٣) إلى القول بأن استخدام هذا الأسلوب فى تدويل عقود الدولة يعد محل شك وتحيط به الصعوبات، وذلك لأن هذه المبادئ ما زالت مطلبا طموحا فى طور الأمانى، ومرجع ما سبق هو صعوبة تحديد هذه المبادئ، بالإضافة إلى حجم المتناقضات ونوعها على المستوى الدولى والتى تقف عقبة أمام استخدام هذا الأسلوب للتدويل.

تطبيق القواعد عبر الدولية :

تعرف هذه القواعد بأنها القواعد التى تحكم التصرفات والوقائع والتى تتجاوز حدود الدولة، ومن ثم فهى تتضمن قواعد القانون الدولى

---

(١) الاتفاقية المشار إليها لدى الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانونى للاتفاقيات البترولية فى الدول العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٧٣٧.

(٢) انظر:

MC. NAIR: Op. Cit., P.'11.

(٣) انظر: الدكتور/ أبو زيد رضوان، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٥، الدكتور/ خالد الترجمان، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٨. الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، سابق الإشارة إليه، ص ٩٣.

العام والخاص وكذلك القواعد الأخرى والتى لا تندرج تحت أى من هذين الفرعين من فروع القانون الدولى[١].

ويفسر البعض هذه التسمية، بأن القاضى أو المحكم عند نظره لمنازعات عقود الدولة فهو يبحث عنها فى مصادر خارج الأنظمة القانونية لدولة معينة مما يجعل القواعد المستنبطة توصف "يعبر الدولية"[٢].

وتقوم فكرة هذه القواعد على أن القوانين الوطنية والقانون الدولى العام التقليدى، يعدان غير مناسبين لحكم عقود الدولة. فهذه العقود تحتاج لطائفة ثالثة من القواعد القانونية تعد أكثر مناسبة لحكم هذه العقود، وهذه القواعد تتمثل فى القواعد عبر الدولية. فهذه القواعد جرى العرف على أن تحكم عقود الدولة من منظور تضمنه للقواعد الدولية العامة والخاصة وبالتالى لا يكون أمام المحكم أو القاضى ذريعة يبرر بها رفض تطبيقه سواء كان هذا المحكم أو القاضى يمثل القضاء الدولى أو الداخلى. ذلك لأنها القواعد الأكثر ملائمة لهذا القاضى والمحكم ليتمكن من حل منازعات عقود الدولة[٣].

وينتقد البعض فكرة قانون عبر الدول واعتماده كنظام قانونى قائم بذاته ليحكم عقود الدولة وذلك لأنه يبدو بالأمر غير المقنع، فهذه القواعد غير متكاملة الملامح، وغير واضحة الرؤية، وبالتالى فهى غير مؤهلة لعدها قانونا له استقلاليته وذاتيته، بالإضافة إلى أن هذه القواعد تستقى وجودها واستمراريتها أما من القانون المحلى أو المبادئ المعترف بها من الأمم

---

(١) انظر:

Philippe Jessup: Transnational law, New Haven, 1956. P. 2.

مشار إليه: الدكتور/ نادر محمد إبراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادى الدولى، دار الفكر العربى، ٢٠٠٢، ص ٧ وما بعدها.

(٢) انظر: د. خالد الترجمان، النظام القانونى للقروض الدولية للتنمية فى الدول العربية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص ٢٦٣ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك الدكتور/ نادر محمد إبراهيم، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٨ وما بعدها.

المتمدينة، وينتهى هذا الفقه إلى أن هذا القـانون فى جملته لا يختلف البتـة عن المبادئ العامة للقانون[١].

ثانيا : إسناد العقد الدولي إلي القانون الدولي العام (نظرية تدويل عقود الدولة):

رغبة فى إقصاء العقود التجارية الدولية عن سلطان النظم القانونيـة الداخلية، وبزعم حماية الطرف الخاص الأجنبى المتعاقد مع الدولـة، ذهـب أنصار التدويل إلى إخضاع عقود الدولة للقانون الدولـى العام مباشرة[٢]، إذ أن ذلك سـوف يضمن لهذا المتعاقد، إمكانية التمسك بقواعد القانون الدولـى فى مواجهة الدولـة المتعاقدة مباشرة، وإثارة مسئوليتها الدولية، إذا أخلـت بحقوقه الناجمة عن العقد[٣]، وذلك بخلاف ما لو أخضع عقد الدولة لقانونـها الوطنى، حيث يمكن لهذه الدولة أن تعدل أو تنهى العقد بإرادتـها المنفـردة، الأمر الذى ينتـج عنه إخلال صارخ بحقوق الطـرف الخـاص الأجنبـى المتعاقد معها[٤].

ولقد تزعم هذا الاتجاه، الفقيه الإنجليزى "Mann"، الـذى يـرى أن هنـاك قانونا دوليا للتجارة بين الأمم، يشتمل على مجموعة مـن القواعـد تصلح كنواة لإخضاع العقود إلى نظام القانون الدولى العام، دون حاجة إلـى الاستعانة بالمبادئ السائدة فى القوانين الداخلية لمختلف الدول، مؤسسا ذلـك على حرية الأطراف فى اختيار قانون العقد[٥].

---

(١) الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣٥، الدكتور/ محمد عبد العزيـز بكر، سابق الإشارة إليه، ص ٦٠٧.

(٢) انظر فى هذا الاتجاه:

Propsper Weil, Problémes Relatifs aux contrats passés entre un etat et un particalier". Rec. des Cours la Haye, 128. (1969, P. 122).

(٣) انظر:

Jean – Michel Jacquet, Principe d`autonomie et contrats int. Op. Cit., P. 165.

(٤) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد، سابق الإشارة إليه، ص ٥٥٩.

(٥) انظر:

Fr. Mann. "Reflection on a commercial law of nations" B.Y.B.L.E. Vol. 33. 1957, P. 20 – 51.

فما دام أنه قد استقرت فى مختلف نظم القانون الدولى الخاص، قاعدة قانون الإرادة التى تتخذ من إرادة الأطراف ضابطا للإسناد، والتى بناء عليها يكون للمتعاقدين أيضا إمكانية اختيار القانون الدولى العام لهذا الغرض، بل إنه لن يكون هناك احترام لمبدأ حرية الإرادة لو منع الأطراف من مثل هذا الاختيار[١].

فمن الممكن، أن تخضع العلاقات بين الأطراف الوطنية ولو بشكل جزئى لمبادئ القانون الدولى، بوصفها مبادئ تعلو على مبادئ القانون الوطنى، كما أنه من الممكن إخضاع العلاقات بين أشخاص القانون الدولى لنظام قانونى وطنى، فالأمر لا يعدو أن يكون مجرد مسألة اختيار للقانون الواجب التطبيق فى أى من الحالتين، فإرادة الأطراف هى التى تقوم بتحديد القانون الذى يحكم العقد، سواء أكان هذا القانون قانونا وطنيا أو القانون الدولى العام[٢].

وقد يعبر المتعاقدون عن إرادتهم فى تدويل العقد، عن طريق الإشارة الصريحة إلى إعمال قواعد القانون الدولى، أو تضمين العقد شرطا يقضى بتطبيق المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها فى المادة ٤٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية، أو المبادئ العامة التى يطبقها القضاء الدولى أو المبادئ المشتركة بين الأمم، أو عن طريق الإشارة إلى اختصاص المحاكم الدولية، إعمالا لقاعدة من يختار القاضى يختار قانونه "Qui eligit Judicem eligt Jus"، كما لو جاءت الإشارة على النحو التالى

---

(١) انظر:

Fr. Mann. "The proper law of contracts concluded by international presons. B.Y.B.I.L., 1959, P. 44.

الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، سابق الإشارة إليه، ص ٨١.

(٢) انظر:

Fr. Mann. "The law governing state contracts. B.Y.B.I.L., 1944, P. 11 et Seq.

"أى منازعة تنشأ بشأن تفسير أو تنفيذ النصوص المماثلة، تخضع لاختصاص قضاء محكمة العدل الدولية"[١].

وعلى ذلك يمكن القول باعتبار العقد خاضعا للقانون الدولى العام بالمعنى المقصود، إذا تضمن العقد شرطا بقبول اختصاص محكمة العدل الدولية، مثال ذلك العقد المبرم سنة ١٩٤٧ بين هيئة التلغراف والتليفون البلغارية وطائفة من المقرضين السويسريين بضمان الحكومة البلجيكية، إذ تضمن العقد شرطا مقتضاه قبول اختصاص محكمة العدل الدولية[٢]، وهو ما ذهب إليه البعض أيضا[٣]، استنادا إلى نص المادة (١/٤٢) من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ المنشئة لـ "I.C.S.I.D." التى تنص على أنه "١- تفصل المحكمة فى النزاع طبقا للقواعد القانونية التى يتفق عليها الطرفان، وإذا لم يتفق الطرفان، تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع بما فى ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولى المتعلقة بالنزاع"، حيث يرى صاحب هذا الرأى أن أهم ما يميز النص السابق، هو الجملة الثانية التى تشير إلى مبادئ القانون الدولى.

نقد فكرة إسناد عقد الدولة إلي القانون الدولي :

وجه النقد إلى فكرة إسناد عقد الدولة إلى القانون الدولى، على أساس أن أحد أطراف هذا العقد هو دولة، والطرف الآخر هو طرف خاص، بينما القانون الدولى يحكم فقط العلاقة التى يكون أطرافها من الأشخاص الدولية العامة، كما أن إرادة الأطراف لا تملك منح الاختصاص التشريعى للقانون

---

(١) الدكتوره/ حفيظة الحداد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٨٨.

(٢) الدكتور/ أحمد صادق القشيرى: الاتجاهات الحديثة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٨٧.

(٣) انظر:

Shihata (ibrahim F. I.) and parra (Artonio R.). Applicable substantive law in disputes between states and private foreign parties. The case of Arbitration under the I.C.S.I.D. convention in I.C.S.I.D. Rev. J.I.L.J., Vol. 9 N° w, Fall, 1995, P. 181.

الدولى، حتى لو كان أحد هؤلاء الأطراف دولة، إذا أن النظام القانونى هو الذى يحدد المخاطبين بأحكامه وليس الأشخاص المخاطبون بأحكامه هم الذين يحددون نطاق اختصاصه[١].

ثالثا : تطبيق قانون الدولة المتعاقدة :

يذهب جانب من الفقه[٢]، إلى وجوب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم تضمن العقد لنص يحدد القانون الذى يحكمه، وقد أخذت المحكمة الدولية فى كثير من أحكامها بخضوع العقود المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية للقانون الوطنى[٣]، ويستند هذا الرأى إلى الأسانيد التالية:

- أنه لا يمكن افتراض خضوع الدولة التى تتمتع بالحصانة التشريعية لقانون آخر بخلاف قانونها، بدون موافقة صريحة منها .

---

(١) الدكتورة/ حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص ٦٨٧ وما بعدها . الدكتور/ صفوت أحمد عبد الحفيظ، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٠. الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام: سابق الإشارة إليه، ص ٤٩٧. الدكتور/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، سابق الإشارة إليه، ص ٩١. الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: نظرات فى القانون الواجب التطبيق، ص ٩٥ وما بعدها . الدكتورة/ سامية راشد: دور المادة ٢٤ مدنى فى حل مشكلات تنازع القوانين، ١٩٨٥، ص ٥٧، حيث ذهبت إلى أنه يتعين لقيام هذه المسئولية إثبات أن الدولة المضيفة قد أخلت بالتزام دولى مصدره معاهدة قائمة مع الدولة التابع لها الطرف الأجنبى المضرور، أو مصدره العرف الدولى المستقر فى مجال معاملة الأجانب، أى أن المساس بالتعهدات العقدية تجاه الطرف الأجنبى ليس فى حد ذاته المحرك لدعوى المسئولية الدولية.

(٢) الدكتور/ محمد خالد الترجمان، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣٩. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٥١. الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشارة إليه، ص ٢. الدكتور، محمد عبد العزيز بكر، سابق الإشارة إليه، ص ٤٤٧.

(٣) قضية شركة البترول الأنكلو أمريكية، ذكرها أستاذنا الدكتور/ أحمد عشوش، فى أطروحة سيادته للدكتوراة، "النظام القانونى للاتفاقات البترولية فى البلاد العربية"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ١، هامش ٢.

- أن هذا القانون هو قانون الدولة التى ينفذ فيها العقد كما أنه القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية.

وتتبع فكرة أفضلية تطبيق القانون الوطنى للدولة المضيفة للاستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة بالعلاقة[١] من مصدرين أساسيين:-

أولهما أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان وجودا ماديا على إقليم الدولة المضيفة[٢]. فضلا عن دخوله وارتباطه بوسائل النمو الاقتصادى فى الدولة.

وثانيهما أن مكان إبرام التعاقد فى العقود التى تبرمها الدولة يغلب أن يكون هو إقليم الدولة التى سيتم على أرضها عملية الاستثمار[٣].

لذا فقد صار من المتفق عليه أن على المحكمة تحديد شروط صحة إبرام العقد محل التنازع بمساعدة قانون مكان إبرامه[٤].

ويؤدى قبول هذا المبدأ إلى اقتراح أنه يجب على المحكمة إذا ما عرض عليها نزاع ناشئ عن عقد من عقود التنمية الاقتصادية أن تبحث أولا عن مدى ارتباطه بقانون الدولة المضيفة[٥].

---

(١) لتفصيل أكثر انظر:

S.T.L. Kelly, localizing rules and differing approaches to the choice of law process, int. & comp. L. Quqrterly, 18, 1961, P. 25 – 51.

(٢) انظر:

CF. Aron Broches: the Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states: applicable law and default procedure, in international arbitration liber amicorum For Martin Domke, ed by Pieter Sanders (Hague: Martins Nithoff, 1967, P. 14.

(٣) الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: نظرات فى القانون الواجب التطبيق، ص ٥٢.

(٤) الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٥) انظر:

F. A. Mannm: the law governing stat contract, B.Y.B.I.L., XXL, 1944.

وهذا ما أخذت به المادة الرابعة من اتفاقية روما الموقعة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ والمعدة بواسطة دول المجموعة الأوربية فقد نصت على أن: "يطبق على العقد قانون الدولة التى يرتبط بها بصورة وثيقة"[١].

وتعد الدولة التى ينفذ فيها العقد هى أكثر الدول التى ترتبط بالعقد بأوثق الروابط، الأمر الذى تتطلبه المادة الرابعة سالفة الذكر. كما أن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار والتى نصت فى المادة ٤٢ بفقرتها الأولى على أن تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقد عند عدم الاتفاق على هذا القانون بواسطة أطراف العقد[٢].

ويضاف إلى ما سبق، أن عدم اختيار أطراف عقود الدولة للقانون الذى يحكم هذه العقود يعنى وجود قرينة على الاختيار الضمنى لقانون الدولة المتعاقدة، وهو ما أيدته محكمة النقض الفرنسية فى حكم ٢ يوليو ١٩٢٩ والذى قررت فيه أنه عند غياب الاختيار الصريح للأطراف لهذا القانون فإن الأمر يؤدى إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة باعتباره قانون الإرادة المفترضة لأطراف العقد"[٣].

---

(١) فقد نصت المادة الرابعة من اتفاقية روما (١٩ يونيه ١٩٨٠) على أن:

"Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les biens les plus étroits".

الاتفاقية منشورة فى:

Clunet, 1981, PP. 218 – 227.

(٢) انظر:

Le Boulanger, Op. Cit., PP. 204 – 205.

وأيضا الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٥٢.

(٣) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية منشورا فى:

D. 1930-1- P. 45.

إلا أنه يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية تراجعت حديثا عن هذا الاتجاه. فنجد فى حكمها الصادر فى ١٩٧٤/١٠/٢٩ فى النزاع بين أحد المشروعات العامة السعودية، وشركة فرنسية، والمتعلق بتنفيذ عقد بتشييد أحد الطرق "بجدة" رفضت المحكمة فيه تطبيق القانون السعودى،=

وأيد أول حكم صدر عن المركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة ما انتـهت إليه محكمة النقض الفرنسية، فنجد أنه فى حكمه الصادر فى ٧ يوليو ١٩٨٥ بالقاهرة قام بتطبيق القانون المصرى على النزاع وهو قانون الدولة المتعاقدة واستند فى ذلك إلى أن هذا القانون أكثر صلة بالعقد، فـهو قـانون الدولـة المتعاقدة التى أبرم فيها العقد والتى تعد أيضا محل تنفيذه، وتتخلـص وقـائع القضية التى صدر فيها هذا الحكم بنزاع بين وزير الزراعـة المصـرى وشركة فلوج سرفيس النمساوية خاص بتنفيذ عقد مقاولة مبرم فى ٢٧ مـايو ١٩٨٢ بين الشركة النمساوية ووزير الزراعة المصرى والذى مؤداه قيـام الشركة بعمليات رش القطن بالطائرات لمواسـم سـنوات ١٩٨٢، ١٩٨٣، ١٩٨٤، إلا أنه فى ٩ سبتمبر ١٩٨٣ وأثناء قيام أحد طيارى الشـركة مـن مطار أسيوط لتأدية مهامه فوجئ بسيارة مدير زراعة أسيوط تقطع المطـار بالعرض وحاول تفاديها وباءت محاولته بالفشل، الأمر الذى أدى إلى سـقوط طائرته وتحطيمها بالكامل وإصابة هذا الطيـار، ولذلـك طـالبت الشـركة النمساوية وزير الزراعة بالتعويضات عن هذا الحادث، ونظرا لاتفاق طرفى العقد على حل منازعاتهما، بمعرفة المركز الإقليمى للتحكيم بالقاهرة، فقد قام المركز بتعيين الدكتور فتحى عبد الصبور كمحكم فرد فى ١٩٨٤/٩/٩، ولما قام المحكم بالبحث عن القانون الواجب التطبيق تلاحظ عدم اتفاق الطـرف المصرى والشركة النمساوية على هذا القانون فقام بتطبيق المـادة ١٩ مـن القانون المدنى المصرى إعمالا للمادة ١/٣٣ من قواعد التحكيم التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة، للقانون التجارى الدولى Uncitral والتى تفوضـه فـى تطبيق قواعد الإسناد التى يراها مناسبة بصدد النزاع المعـروض وانتـهى المحكم إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة والذى يعد الأكثر صلـة بـالنزاع

- وأيـدت ما انتهت إليه محكمة استئناف باريس من أن استبعاد هذا القانون جاء مـن منطلـق عدم مناسبته للطبيعة الاقتصادية للعقد المبرم، ولذلك طبقت القانون الفرنسى.

الحكم منشور فى:

Clunet, 1975, P. 314 note Fouchard.

والمستفادة من عدة قرائن والتى منها أن إبرام العقد قد تم فيها وأن هذه الدولة هى محل تنفيذ العقد المتنازع بشأنه[١].

ومن الأسانيد التى تدعم وجهة النظر القائلة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة، أن هذا القانون يعد القانون الوحيد الذى يمكن تطبيقه، وذلك بالنظر إلى الغاية التى أبرم من أجلها العقد، فإذا كان العقد أبرم بقصد تحقيق إحدى الوظائف الأساسية للدولة المتعاقدة، فإن قانون الدولة المتعاقدة لا يكون هنالك مفر من تطبيقه ما دام لم يتفق على عكس ذلك[٢].

ولعل من الأحكام الحديثة والتى صدرت عن التحكيم الدولى وأيدت وجهة النظر السابقة، والمطالبة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة، الحكم الصادر من محكمة تحكيم غرفة باريس بتاريخ ١٦ فبراير ١٩٨٣ فى "قضية هضبة الأهرام"[٣] والذى قامت المحكمة من خلاله بتطبيق أحكام القانون المصرى، وذلك بعد قيام محكمة الغرفة باستعراض الآراء المختلفة من أطراف القضية، وكذلك الاتجاهات الفقهية الخاصة بتحديد القانون الذى يحكم عقود الدولة، انتهت بأن القانون المصرى يعد القانون المناسب لحكم العقد من منطلق أن العقدين المتنازع بشأنهما قد أبرما فى مصر، وكما أن التنفيذ لهذين العقدين يتم بأكمله على الإقليم المصرى، بالإضافة إلى وجود إشارات فى كثير من نصوص العقدين للقانون المصرى هو فى هذا المجال (قانون الاستثمار السابق رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤).

وإذا كان ما سلف يمثل وجهة نظر الفقه المؤيد لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة عند غياب الاختيار الصريح لأطراف العقد، وكذا تأييد محكمة

---

[١] تفاصيل الحكم مشار إليها فى مؤلف أستاذنا الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولى الخاص، ص ٩٧ – ١٠٢.

[٢] الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٣. الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٥٥.

[٣] حكم غرفة تحكيم باريس، منشور فى:

REV, arb, 1986, P. 114.

تحكيم غرفة باريس .C.C.I إلا أنه يلاحظ أن بعض أحكام التحكيم سارت فى اتجاه مضاد لهذا الاتجاه المطالب بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة، وهو ما رأى فيه البعض أنه يمثل اتجاها غير حيادى ويجسد صورة بالغة الانحياز فى التحكيم الدولى، وفى نظر هذا الرأى أن الذى ساعد على ذلك هو انعقاد هيئات التحكيم فى الدول الغربية، وكذلك تشكيل هذه المحاكم كان فى الغالب من محكمين غربيين تعصبوا لتطبيق قوانينهم الوطنية وهو الأمر الذى حدا بهم لاستبعاد قوانين الدول المتعاقدة أطراف النزاع وهو الأمر الذى يعد (إعمالا لقانون الطرف القوى على الضعيف) ويخلص هذا الرأى إلى أن الحل لتلك المشاكل والتى تؤدى إلى استبعاد القوانين الوطنية للدول المتعاقدة، هو العمل على إنشاء مراكز تحكيم دولية فى الدول النامية، وأن تضم فى تشكيلها محكمين من تلك الدول يكونون قادرين على التصدى لمحاولات الدول الرأسمالية وشركاتها فى استبعاد قوانين الدول المتعاقدة[١].

ومن القضايا التى حاول فيها المحكمون الدوليون استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة "قضية قطر"، التى تتعلق بنزاع بين حاكم قطر، والشركة البترولية التى رفضت سداد المستحقات المالية لقطر عن السنوات الأخيرة من الامتياز البترولى قبل انتهائه (وقد صدر الحكم فى هذه القضية فى يونيو ١٩٥٣). فنجد أن المحكم البريطانى فى هذه القضية "Sir Alfred Bucknill" قد استبعد تطبيق قانون دولة قطر بحجة أنه غير مناسب لحكم الامتيازات البترولية الجديدة، فهذا المحكم - بعد أن أقر بأن القانون القطرى من المفروض أن يحكم هذا النزاع، إلا أنه يعود ويقرر - أنه باستقراء الأساس الذى يقوم عليه هذا القانون وهو الشريعة الإسلامية والتى تعد غير مواءمة لحكم مثل هذه النوعية من العقود، ولذلك لم يكن أمامه سوى استبعاد هذا القانون القطرى.

---

(١) انظر: الدكتور/ عبد الرسول عبد الرضا: مراكز التحكيم بالمنطقة ودورها فى تطوير التحكيم التجارى الدولى وأهمية تعاونها، محاضرة ألقيت فى ندوة التحكيم التجارى الدولى، القاهرة، ٢٠ - ٢٢ يناير ١٩٨٦.

ثم أضاف المحكم بأنه: "فى حالة تطبيقه لقانون قطر الإسلامى، فإن الأمر يؤدى إلى بطلان العقد"[١].

رابعا : تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية : Lex Mercatortia

إزاء الانتقادات التى وجهت إلى الآراء القائلة بتطبيق المبادئ العامة أو تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، فقد ذهب اتجاه فى الفقه[٢] إلى إمكان تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، ذلك أن العقود التى تبرمها الدولة، تتم فى مجال العلاقات التجارية الدولية، وبالتالى فإن القانون المناسب للتطبيق عليها يجب أن يكون من صنع العادة والأعراف التجارية[٣].

وعادات وأعراف التجارة التى ينادى الفقه الغربى بتطبيقها على عقود الدولة، يفضل البعض تسميتها بقانون التجارة الدولية، إلا أن هناك بعضا من الفقه لم يفضل تسميتها بقانون التجارة الدولية وأطلق عليها تسمية قواعد "ليكس ميركاتوريا Lex – mercatoria"[٤].

---

(١) وقد جاء بالحكم:

"If Islamic law was applicable would be open to the grave criticism of being invalid".

الحكم منشور فى:

Ruler of Qatar V. international Marine oil company, L.T.D. in international law rapports, 1953, P. 545.

(٢) الدكتورة/ نصيرة بو جمعه، سابق الإشارة إليها، ص ٤٠٧، راجع فى ذلك أيضا: الدكتور/ سلامه فارس عرب، سابق الإشارة إليه، ص ٣٥٨وما بعدها، الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: نظرات فى القانون الواجب التطبيق، ص ١٩٩.

(٣) انظر فى الموضوع: الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانونى لاتفاقيات البترول فى الدول العربية، ص٧١٢ وما بعدها.

(٤) ومن الفقه الفرنسى الذى فضل تسميته Mercatoria الفقيه Kahn، فقد استخدم هذه التسمية فى مقاله المنشور فى: (Le contrat économique internationall) والأستاذة Stern فى مقالها المنشور فى (Rev. Arb 1983).

وبينما نجد بعض الفقه فضل تسمية (عادات التجارة Usage du commerce) ومن هذا الفقه الأستاذ Kassis فى مؤلفه:

=

تعريف قواعد التجارة الدولية :

عرف البعض قواعد التجارة الدولية، بأنها مجموعة القواعد التى تعارف التجار عليها فى مهنة معينة وتهدف إلى تطبيقها على مختلف مظاهر النشاط الاقتصادى الدولى وهى مستقلة عن النظم القانونية المختلفة[١].

وعرفها البعض بأنها قانون التجار الذين يساهمون بدورهم فى خلق قواعده بجانب التحكيم الدولى[٢].

وعرفها البعض بأنها تشكل ما يسمى بالقانون الخاص بالمعاملات التجارية الدولية[٣].

وفى الفقه المصرى[٤] يعرفها البعض بالنظام القانونى الذى يضم القواعد التى تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التى بواسطتها تجرى فعلا المعاملات التجارية الدولية.

ومن خلال هذا التعريف، يعرض هذا البعض لخصائص هذا القانون والتى أشار إليها كالتالى:

- بأن هذا القانون يحكم علاقات من نوع القانون الخاص.
- المعاملات التى تسرى عليها الصفة الدولية.

= (Théorie générale des usagecs du commerce".

وقد فضل بعض الفقه استخدام قانون التجارة الدولية: ففى الفقه المصرى، فضل هذه التسمية الدكتور ثروت حبيب فى مؤلفه (دراسة فى قانون التجارة الدولية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص ١٦.

(١) انظر:

Derain "YVES",. Le statut des usage du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. arb 1973. P. 122.

(٢) انظر:

B. Stern, Lex mercatoria et arbitrage intenational Rev. Arb. 1983, P. 447.

(٣) انظر:

Kahn, Op. Cit., P. 10.

(٤) الدكتور/ ثروت حبيب: دراسة فى قانون التجارة الدولية، ص ١٦.

- جوهره تواجد قواعد موضوعية تحكم هذا النشاط الدولي[١].

وعرفها تقرير الأمانة العامة للأمم المتحدة، والذى أعدته لعرضه على الجمعية العامة فى عام ١٩٦٥ بمناسبة إنشاء لجنة توحيد قانون التجارة الدولية: بأنها مجموعة القواعد التى تحكم معاملات التجارة الدولية والتى لها طبيعة القانون الخاص والتى تتصل بالدول المختلفة[٢].

ونفضل تعريف البعض[٣] لهذه القواعد بأنها مجموعة قواعد غير مكتوبة تستمد مصادرها من أعراف وعادات التجارة الدولية، والتى نشأت واستقرت من ارتياد المتعاملين فى المعاملات الدولية لها والمتمثل فى الاعتداد بها عند إبرام عقودهم وكذا تطبيق المحاكم القضائية، ومحاكم التحكيم الدولية لها فى أحكامها، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن هذه القواعد تختلف باختلاف طبيعة العقد الذى تحكمه، فالقواعد التى تحكم عقود المقاولات والإنشاءات الصناعية تختلف عن تلك التى تحكم اتفاقات البترول - مثلا - فالقواعد التى تحكم العقود الأولى تتمثل فى الأعراف والعادات المهنية النابعة من مهنة المقاولات والإنشاءات، فى حين نجد القواعد التى تحكم اتفاقات البترول مستمدة من أعراف وعادات مهنية تسود صناعة استخراج البترول.

وفى مجال تطبيق هذه القواعد ثار الخلاف فى الفقه والتحكيم حول مدى تطبيق هذه القواعد كنظام قانونى له ذاتيته الخاصة، وبحيث يمكن تطبيقها على النزاع دون حاجة إلى اللجوء إلى تطبيق القوانين الوطنية بجانبها، أو أنها لا تمثل ذلك، وتطبق فقط لتكملة النظام القانونى الواجب التطبيق.

---

(١) الدكتور/ ثروت حبيب، سابق الإشارة إليه، ص ١٨. وانظر أيضا: الدكتور/ سلامة فارس عرب، سابق الإشارة إليه، ص ٣٦٠ – ٣٦٢.

(٢) انظر فى هذا التقرير:

Progressive development of the law international trade, Raport of the Secretary – General, U. N. doc. A / 6396, P. 3.

(٣) الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٦٣.

تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية لتكملة القانون الواجب التطبيق :

ذهـب جانب من الفقه والتحكيم الدوليين إلـى أن قواعـد التجـارة الدولية لا يمكنها أن تنظم كل المسائل التى تثيرها العقود الدولية فـهى فـى الواقع لا تشكل مجموعة قواعد قانونية متكاملة، وحسب ولكنها تعالج مسـألة معينة أو أنواعا معينة من المسائل كثيرة الحدوث فى التجارة الدولية بوضـع الحلول العملية لها دون اللجوء إلى تشريع معين، وبالتالى فإن سمة النقصـان تعترى هذه القواعد • ومع ذلك، فإن هذه القواعد تظل لـها صفـة القواعـد القانونية وذلك لأنه ليس من المحقق أن القـاعدة لا تعتـبر قانونيـة إلا إذا انضوت فى نظام قانونى تام[١]•

وقد سايرت كثير من أحكام التحكيم هذا الاتجاه، نذكر منـها حكـم أرامكوا ARAMCO، ففى هذا الحكم الصادر فـى الـنزاع بيـن الحكومـة السعودية وشركة البترول المسماة بأرامكو نجده رفـض التطبيـق الكـامل للقانـون السعودى وذلك بحجة عدم ملائمته لطبيعة هذا النزاع، ومع ذلـك فإنه انتهى إلى إعمال وتطبيق هذا القانون بوصفه قانون. إرادة الأطـراف إلا أنه قام بتكملته فى أوجه النقص التى تعتريه بالمبادئ العامة للقانون، وكـذا قواعد ليكس ميركاتوريا تلك التى يجرى العمل على اتباعها فـى صناعـة البترول[٢]•

---

(١) انظر فى ذلك:

Leboulanger, Op. Cit., P. 224.

وكذلك: الدكتور/ ثروت حبيب، سابق الإشارة إليه، ص ٣٨٣. الدكتور/ خالد الترجمـان، سابق الإشارة إليه، ص٤٦٤.

(٢) وقد جاء بحكم أرامكو فى هذا الصدد:

"Les matrières qui réssortissent au droit prive sont en principe soumises au droit de l`Arabie Saoudite mais avec l`important correctif que ce droit au besoim etre interprété au complete par les principes généraix du droit, les usages suivis dans l`industrie du petrole".

الحكم منشور فى:

Rev. Crit. 1963, P. 316.

من أحكام التحكيم الحديثة التى سارت فى هذا الاتجاه، الحكم رقم ٤٧٦١ والصادر فى سنة ١٩٧٤ من غرفة التجارة الدولية فى نزاع بين طرف عام ليبى وكونسرتيوم له الشخصية القانونية مكون من شركتين إيطاليتين، قضت فيه الغرفة بأن قواعد ليكس ميركاتوريا لا تطبق على النزاع إلا إذا كان القانون الليبى لم يتفق على تطبيقه أو يعتريه النقصان فى بعض الجوانب، وانتهت المحكمة إلى إمكانية تطبيق القانون الليبى بصفة أساسية وقواعد ليكس ميركاتوريا والمبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية[١].

وعلى ذلك فإن الاتجاه الغالب من الفقه وغالبية أحكام التحكيم، لم تعترف لقواعد التجارة الدولية بصفات النظام القانونى المستقل عن غيره من الأنظمة القانونية بحيث يمكن أن تطبق بمفردها دون الاحتياج لأنظمة قانونية أخرى تطبق معها، فهذه القواعد فى نظر هذا الاتجاه الغالب من الفقه والتحكيم الدوليين لا يمكن أن يطبق إلا كعامل مساعد بجانب القانون الواجب التطبيق على النزاع.

تطبيق قواعد التجارة الدولية كنظام قانونى مستقل :

هناك بعض الفقه[٢] ينادى بالاعتراف لهذه القواعد بصفة النظام القانونى الدولى المستقل الذى يمكنه التعايش بجوار الأنظمة القانونية الأخرى، ويمثل الاعتراف لها بهذه الصفة ضرورة ملحة لإشباع متطلبات

---

(١) فقد جاء بهذا الحكم:

"qu`ils statueront en appliquant à titre principal la législation libyenne et à titre subsidiaire, la lex – mercatoria et les principes généraux du droit".

انظر حكم:

C.C.I. No. 4761 en 1987.
Clunet 1987 – Ops. S. Jarvin P. 1014.

(٢) انظر بالتفصيل فى هذا الصدد:

- B..Goldman, La Lex – marcatoria dans les contrats et l`arbitrage international, Clunet 1979 PP. 475 et S.
- Kahn, Le contrat économique international PP. 171. et S.

انظر أيضا: الدكتور/ صفوت عبد الحفيظ أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ١٧١.

المعاملات الدولية التجارية، ففى الكثير من هـذه المعـاملات تكـون هـذه القواعد هى الأجدر بحكمها وتسوية منازعاتها إذ أن هذه القواعد من خلـق المتعاملين فى هذه المعاملات، وبالتالى، فإنها تكـون جديـرة بـأن تحكـم معاملاتهم، فالتطور الذى طرأ على المعاملات الدولية التجارية أوجد قواعـد قانونية جديدة ومبتكرة مختلفة عن القواعد التقليدية السـائدة والمطبقـة فـى مختلف الأنظمة القانونية.

وقد تبنت بعض أحكام التحكيم الدولى - ولا سيما تلك الصادرة مـن غرفة التجارة الدولية - وجهة نظر هذا الرأى، وقامت بتطبيق هذه القواعـد كنظام قانونى مستقل دون لجوء هذه الأحكام للاستعانة إلى جوارها بأى مـن الأنظمة القانونية الوطنية، ومن هذه الأحكام على سبيل المثال: الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية رقم ٥٩٥٣ فى عام ١٩٨٩ فى النزاع بين إحـدى الشركات الأسبانية، وشركة أمريكية قد قرر صراحة تطبيق عادات التجـارة الدولية، والتى تتمثل بكاملها فى قواعد ليكس ميركاتوريا.

فقد جاء بالحكم:

"L`arbitre décidera que le litige serait régle selon les seuls usages du commerce international autrement dénommés Lex – Mercatoria".[1]

وننتهى مما سبق إلى أن الفقه لم يتفق على رأى بخصـوص مـدى الاعتـراف لقواعد التجارة الدولية، بصفة النظام القانونى المستقل، فغالبيـة الفقه مؤيدة من أحكام التحكيم ذهبت إلى عدم الاعتراف لهذه القواعـد بـهذه الصفة، بينما رأى البعض أن قواعد التجارة الدولية تتوافر لها كل المقومـات القانونية التى تجعل لها الصلاحية كنظام قانونى مستقل عن غيره من الأنظمة القانونية.

---

(١) انظر حكم:

C.C.I. No. 5953 en 1989, Clunet 1990 Obs. Y. Derains P. 1036.

رأينا فى القانون الواجب التطبيق على منازعات الـ "B.O.T.":

لا تثور أى مشاكل قانونية عندما يتضمن العقد تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ يتعين على القاضى أو المحكم احترام هذا الاختيار، استنادا إلى أنه يمثل قانون إرادة الأطراف، طبقا للنظرية التى تبناها الفقه والتشريع فى كثير من الدول، واعتمدتها الكثير من أحكام التحكيم الدولية فى القضايا التى نظرت فيها منازعات متعلقة بعقود الدولة.

إنما تثور مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، عندما لا يتضمن العقد تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد اتجهت الحلول التى قال بها الفقه وأحكام التحكيم إلى ثلاثة اتجاهات:

- اتجاه يرى تطبيق المبادئ العامة فى القانون أو قانون عبر الدول.
- واتجاه يرى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.
- واتجاه يرى تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.

ولما كان عقد الـ "B.O.T."، عقد يبرم بين الدولة وطرف آخر من القانون الخاص، وهذا الطرف من القانون الخاص، قد يكون محليا وقد يكون أجنبيا، فإذا كان هذا الطرف محليا، فإننا نرى أن قانون الدولة المتعاقدة هو الأولى بالتطبيق لأنه يكون حينئذ قانون الطرفين، فى حالة عدم اختيار الأطراف قانون آخر، ونفضل تطبيق قانون الدولة المتعاقدة حتى وإن كان المتعاقد مع الدولة طرف أجنبى، نظرا لأن هذا القانون أكثر صلة بموضوع النزاع، فضلا عما يتميز به قانون الدولة المتعاقدة من تحديد وموضوعية، فى حين أنه يعترى المبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية – فى كثير من الأحيان – الغموض وعدم التحديد، لذلك قد يختلف الرأى بشأنها.

ومن ناحية أخرى فإن ظروف كل عقد تختلف عن العقد الآخر، لذلك فإنه لا بأس أن تتخير هيئة التحكيم من القواعد ما يتناسب مع ظروف العقد وأطرافه ما دامت تقوم بذلك فى إطار من العدالة والموضوعية.

المبحث الثانى

الاختصاص القضائى الدولي
بنظر المنازعات الناشئة عن عقود الـ "B.O.T."
ذات العنصر الدولي

أوضحنا فيما تقدم أن عقد الـ "B.O.T." يبرم – غالبا – بين الدولة ومستثمر من القطاع الخاص الأجنبى الأمر الذى يقتضى أولا الاعتراف للأجنبى بحق الدخول فى علاقة قانونية فى الدولة، ثم تحديد القواعد القانونية التى تنطبق بشأنها مما يستوجب حل مشاكل تنازع القوانين، وأخيرا حمايتها عن طريق القضاء، وفقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى.

فالاختصاص القضائى الدولى يقصد به بيان القواعد التى تحدد ولاية محاكم الدولة فى المنازعات التى تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة بين قواعد الاختصاص الداخلى والتى تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدول إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة، وبعبارة أخرى هى قواعد مهمتها بيان الحدود التى تباشر فيها محاكم الدولة سلطتها القضائية بالمقابلة بالحدود التى تباشر فيها الدول الأخرى سلطتها القضائية[١].

فقواعد الاختصاص القضائى الدولى هى التى نستهدى بها فى سبيل حل المنازعات ذات الطابع الدولى، وذلك للوصول إلى عقد الاختصاص لمحاكم الدولة بهذه المنازعات[٢].

---

[١] انظر فى ذلك: الدكتور/ هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار المعارف، بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧٢، ص ٧. الدكتور عز الدين عبد الله، سابق الإشارة إليه، ص ٦٠٥. الدكتور محمد السيد عرفه: المرافعات المدنية والتجارية الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ١٠٠.

[٢] الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام، بدون ناشر، ١٩٩١، ص ٨.

وبالرغم من استقلال مشرع الدولة برسم حدود الاختصاص الدولي لمحاكم دولته، إلا أن العمل قد استقر على وجوب تقييده في هذا الصدد بالمبدأ المعروف فى فقه القانون الدولى الخاص "بمبدأ قوة النفاذ" "Principle of effectiveness"، الذى يقتضى أن اختصاص محاكم الدولة يجب أن يراعى فى تحديده توافر صلة بين النزاع المطروح والدولة، صلة من شأنها أن تخول للمحاكم سلطة فعلية تجعلها قادرة على كفالة آثار الحكم الصادر منها[١].

ويتضح من مقارنة مختلف القوانين فى دول العالم أن هناك مجموعة من الضوابط المستقرة فى مجال الاختصاص القضائى الدولى من أهمها: اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، أو محكمة موقع المال، أو محاكم الدولة التى نشأ بها الالتزام، أو التى يجرى تنفيذ الالتزام بها، أو المحكمة التى يختارها الخصوم صراحة أو ضمنا أو اختصاص المحكمة بطلب اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، ولو لم تكن مختصة بالدعوى الأصلية، وكذا اختصاصها بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية[٢].

ويستعين المشرع الوطنى عند وضعه لقواعد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم دولته بهذه الضوابط، لا على اعتبار أنها ملزمة دوليا له، وإنما على أساس أنها تقوم على اعتبارات وأسس معينة تبرر الأخذ بها، وترتب على انتشارها بين دول العالم تحقيق نوع من التجانس بين قواعد

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور/ فؤاد عبد المنعم رياض، والدكتورة/ سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص – فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية ١٩٧٩، ص ٤٢٨.

(٢) راجع فى ذلك: الدكتور/ فؤاد عبد المنعم رياض، والدكتورة/ سامية راشد، سابق الإشارة إليه، ص ٤٢٨ – ٤٣٢. الدكتور/ محمد السيد عرفه، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٠ وما بعدها. الدكتور/ بدر الدين عبد المنعم شوقى: القانون الدولى الخاص (تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى)، بدون ناشر، ١٩٩٠، ص ٦٢.

الاختصاص وبين القوانين المتعددة، مما يحقق في النهاية التعايش المشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة[١].

وسنعرض – فيما يلي – لأهم الضوابط التي جرى العمل على الأخذ بها في تحديد الاختصاص القضائي في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي.

أولا : ضابط اختصاص محكمة موطن المدعى عليه :

يقتضي هذا الضابط أن المدعي يجب أن يقاضي المدعى عليه أمام محكمة هذا الأخير، ومحكمة المدعى عليه هي محكمة موطنه. فموطن المدعى عليه يعد من أهم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص الدولي، كما هو الحال بالنسبة للاختصاص الداخلي، ذلك أن سيادة الدولة تقتضي خضوع المدعى عليهم المتوطنين بإقليمها لولاية محاكمها بغض النظر عن جنسيتهم، أي سواء كانوا وطنيين أو أجانب[٢].

وأساس تطبيق هذه القاعدة في المجال الدولي هو مبدأ قوة النفاذ السابق بيانه، فمحكمة موطن المدعى عليه هي بلا شك، أقدر المحاكم على إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر منها، نظرا لما لها من سلطة فعلية عليه[٣].

وقد أخذ المشرع المصري بهذا المعيار حيث نص في المادة ٢٩ من قانون المرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك عدا

---

(١) الدكتور/ بدر الدين شوقي: القواعد القانونية للاختصاص القضائي – دراسة مقارنة، مجلة هيئة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة ٢٣، ١٩٧٩، ص ٢٣. الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، ص ١٣٦، ١٣٧.

(٢) الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، ص ١٦٤، ١٦٥.

(٣) الدكتور/ عز الدين عبد الله، سابق الإشارة إليه، ص ٦٧٧. الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة/ سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص ٤٢٩. الدكتور/ هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٥٣. الدكتور/ بدر الدين عبد المنعم شوقي: دراسات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين والاختصاص القضائي)، بدون ناشر، ١٩٩٠، ص ٧٤.

الدعاوى القضائية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج. وإذا تعدد المدعى عليهم فى الدعوى وكان أحدهم أجنبيا، متوطنا أو مقيما فى مصر فإن المحاكم المصرية تختص بالدعوى المرفوعة عليهم جميعا، ولو كان بقيتهم من الأجانب الغير متوطنين أو الغير مقيمين فى مصر وذلك طبقا للمادة ٣٠/٤ من قانون المرافعات، وحكمة ذلك هو ضمان سير العدالة، والعمل على منع تضارب الأحكام فى ذات المنازعة[١].

وهكذا يستفيد المستثمر المتعاقد مع الدولة لتنفيذ مشروع بنظام الـ "B.O.T." من مقاضاة الدولة أمام محاكمها.

ثانيا : ضابط اختصاص محاكم الدولة بالنسبة للأموال الكائنة بها :

وهذه القاعدة مأخوذ بها - بصفة عامة - بالنسبة للمنقولات المادية والعقارات، ذلك لأن سيادة الدولة على إقليمها تقضى بخضوع جميع المنازعات المتصلة بأموال كائنة بها لولاية محاكمها، كما أن محكمة موطن المال - هى بلا شك - أقدر المحاكم على تنفيذ الحكم لما لها من سلطة فعلية عليه، فضلا عن أن الدعاوى المتعلقة بالعقار كثيرا ما تستدعى إجراءات، لا تستطيع أن تقوم بها عملا إلا محكمة موقع العقار، ومن غير المقبول حرصا على اضطراد المعاملات الدولية تخلى محكمة الموقع عن نظر هذه المنازعات[٢]. وقد أخذ المشرع المصرى بهذا المعيار فى المادة ٣٠/٢ من قانون المرافعات.

وتطبيقا لهذا الضابط فى مجال عقود الـ "B.O.T."، فإن محاكم الدولة التى ينشأ بها المشروع تكون مختصة بنظر المنازعات التى تنشأ عنه نظرا لأن المشروع، يتعلق بعقار ينشأ على أرضها.

---

(١) راجع الدكتور/ أحمد قسمت الجداوى: مبادئ القانون الدولى الخاص، ١٩٩٥، ص ٩٨.

(٢) الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة/ سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، ص ٤٢٩. الدكتور/ أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة العاشرة، دار المعارف، ١٩٧٠، ص ٢٠٩ - ٢١٢. الدكتور/ عز الدين عبد الله، سابق الإشارة إليه، ص ٦٧٢، هامش ١.

BATIFFOL, Op. Cit., P. 762 et 764.

ثالثا : ضابط اختصاص محكمة محل الالتزام بنظر المنازعات المتعلقة بالالتزام :

محل الالتزام إما أن يكون مكان نشوئه كمحل انعقاد العقد، وإما أن يكون محل تنفيذ الالتزام، وعلى ذلك فإن كان نشوء الالتزام أو تنفيذه قد تم داخل الدولة فإن الاختصاص ينعقد لمحاكم هذه الدولة، والواقع أن محكمة محل الالتزام تكون أقدر على الفصل فى النزاع مما يحقق مصلحة الخصوم، ويؤدى إلى اضطراد المعاملات الدولية دون أن يكون فى ذلك مساس بسيادة الدولة[١].

وهكذا تكون محاكم الدولة التى تتعاقد على تنفيذ مشروع الـ "B.O.T."، أقدر على نظر المنازعات التى تنشأ عن العقد، وذلك لأن نشوء الالتزام أو تنفيذه قد تم داخل تلك الدولة.

وتنص المادة ٢/٣٠ من قانون المرافعات المصرى على اختصاص المحاكم المصرية "إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها".

رابعا : ضابط اختصاص محاكم الدولة إذا قبل المدعى عليه باختياره الخضوع لولايتها :

وذلك بأن يترافع فى دعوى مرفوعة عليه دون أن يدفع بعدم الاختصاص، أو يقبل فى عقد من العقود اختصاص محاكم دولة معينة بنظر ما ينشأ من منازعات بشأن هذا العقد، فقبول الفرد الخضوع لاختصاص محاكم الدولة يعقد لها الاختصاص بنظر الدعوى رغم أنها لم تكن مختصة بنظرها أصلا وفقا للقواعد السابق بيانها.

---

[١] الدكتور/ هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائى الدولى، ص ٩٣. الدكتور/ عز الدين عبد الله، سابق الإشارة إليه، ص ٧١١. الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة/ سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، ص ٤٣٠. الدكتور/ محمد السيد عرفه، سابق الإشارة إليه، ص ١٣١ وما بعدها. الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، ص ١٤٨، ١٤٩.

والواقع أن اختصاص محاكم الدولة فى هذه الحالة لا يمس بسيادة الدولة، بل على العكس من ذلك يؤدى إلى توسيع نطاق ولاية محاكمها، فضلا عن أنه يؤدى إلى حسن سير المعاملات الدولية، نظرا لأن كل من المدعى والمدعى عليه قد قبلا باختيارهما هذا الاختصاص[١].

ونص المشرع المصرى فى المادة ٣٢ من قانون المرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع أمامها ولو لم تكن داخلة أصلا فى اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها.

خامسا: ضابط اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية المرفوعة إليها:

فيكفى أن تكون محاكم الدولة مختصة بنظر الدعوى الأصلية حتى يثبت لها أيضا الاختصاص بنظر الدعوى المرتبطة، بالرغم من أن هذه الأخيرة لم تكن تدخل ضمن ولايتها لو رفعت إليها بصفة مستقلة. ومن أوضح صور الارتباط وجود وحدة فى السبب أو فى الموضوع أو فى الخصوم بين الدعويين.

ولا شك أن اختصاص محاكم الدولة بالدعاوى المرتبطة بالدعوى الأصلية فيه تسهيل على الخصوم، إذ يجنبهم مشاق رفع دعوى جديدة أمام محاكم دولة أخرى، كما أن محاكم الدولة المختصة بنظر الدعوى الأصلية ستكون أقدر على الفصل فى الدعوى المرتبطة مما يحقق العدالة فى المنازعات ذات الطابع الدولى[٢].

---

[١] الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة/ سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، ص ٤٣٠، ٤٣١. الدكتور/ بدر الدين شوقى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٨. الدكتور/ هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائى الدولى، ص ٥٤.

[٢] لتفصيل أكثر، انظر: الدكتور/ محمد السيد عرفة، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٨ - ١٤٥. الدكتور/ فؤاد رياض، والدكتورة/ سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، ص ٤٣١.

لذلك نجد أن المشرع المصرى ينص فى المادة ٣٣ من قانون المرافعات المصرى على أن: "إذا رفعت إلى محاكم الجمهورية دعوى داخلة فى اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها".

سادسا : **ضابط الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية** :

من المبادئ المتعارف عليها أن محاكم الدولة تختص بنظر طلب اتخاذ الإجراءات الوقتية اللازمة للمحافظة على الحقوق المتنازع عليها، حتى يتم الفصل فى النزاع الأصلى المطروح على المحكمة الأجنبية، وذلك حتى لو لم تكن تلك المحاكم مختصة أصلا بالنزاع الأصلى، وهى قاعدة تفرضها العدالة والمحافظة على مصالح الخصوم، ومثال الإجراءات الوقتية طلب تعيين حارس على الأموال المتنازع عليها، إذ أن الهدف منه المحافظة على الأموال واستقلالها لحين الفصل فى النزاع على الملكية ...[1].

وأخذ قانون المرافعات المصرى بهذا الضابط فى المادة ٣٤ منه والتى نصت على أن "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية أو التحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

هذه – بوجه عام – هى أهم ضوابط الاختصاص التى يمكن استخلاصها، من دراسة التشريعات المقارنة، ولكن يلاحظ أن هذه الضوابط ليس لها أى صفة إجبارية. فكل مشرع حر فى أن يتوسع فى تحديد اختصاص محاكمه كما يشاء، ولا يتقيد فى هذا الصدد إلا بما يفرضه عليه العرف الدولى من قيود ضئيلة تقيد الحصانات القضائية ...

[1] الدكتور/ محمد السيد عرفة، سابق الإشارة إليه، ص ١٤٦، ١٤٧.

الباب الثالث

آثار عقد الـ "B.O.T." وانتهائه، وحل المنازعات الناشئة عنه

تمهيد وتقسيم :

انتهينـــا فى الباب السابق إلى أن عقـــد البنـــاء والتشـــغيل وإعـــادة المشروع من عقود القانون الخاص – على الرأى الراجح – ويحكمه القواعـد تحكم عقود القانون الخاص، وتتمثل فى القواعد العامة التى تحكم العقود فـــى القانون المدنى والقانون التجارى، وقواعد التجارة الدولية.

وعلى ذلك فإن هذه القواعد هى التى تحكم وتحدد آثار عقود الـــــــ "B.O.T." وتحدد ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات متقابلة فى ذمة طرفيـــه، وبالتالى فإن هذا العقد طبقا لهذه القواعد وبحسب ما يحتويه، تنشأ عنه حقوق والتزامات متوازنة بين طرفيه، فإذا نفذ كل من طرفى العقد التزامه وتم تنفيذ المشروع فإن العقد ينتهى نهاية طبيعية بتنفيذه، وقد ينتهى العقد دون تنفيـــذه لظروف تحول دون إتمام هذا التنفيذ.

ولما كان عقد الـــ "B.O.T." الذى يحتوى على عنصر أجنبى، يعـد من عقود التجارة الدولية – كما أوضحنا فى الباب السابق – فإن أطرافـــه – عادة ما يلجأون فى حل المنازعات الناشئة عنه إلى التحكيم أو إلى الوســائل الغير قضائية كالتفاوض والتوفيق والوساطة .....

وإذا كان الأمر كذلك فيقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحـــو التالى:

الفصل الأول: آثار عقد ألـــ "B.O.T.".

الفصل الثانى: انتهاء عقد ألـــ "B.O.T.".

الفصل الثالث: وسائل حل المنازعات الناشئة عن عقد ألـــ "B.O.T.".

الفصل الأول

آثار عقد ألـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

ينتج عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." حقوقا والتزامات متقابلة فى ذمة كل من طرفيه وهما الدولة المتعاقدة، وشركة المشروع.

ولما كان إنشاء المشروع يتطلب الكثير من أوجه النشاط المختلفة، فإنه لكى يؤتى العقد أثره الرئيسى بإتمام إنشاء المشروع وتشغيله لابد أن يدخل طرفا العقد فى ترتيبات تعاقدية مع أطراف أخرى تقوم بتنفيذ جانب من جوانب العقد. سواء كان هذا الجانب يتعلق بالإنشاء أو التمويل أو التشغيل .... أو غير ذلك.

ويلزمنا لتحديد آثار العقد أن نبحث فى الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد فى ذمة كل من طرفيه، وأن نبحث أيضا فى مجموعة العقود المرتبطة بعقد الـ "B.O.T."، والتى تؤثر فى تنفيذ العقد، لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: حقوق والتزامات طرفى عقد الـ "B.O.T.".

المبحث الثانى: مجموعة العقود التى يلزم إبرامها لتنفيذ عقد الـ "B.O.T.".

المبحث الأول

حقوق والتزامات طرفى العقد

تمهيد وتقسيم :

عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." من العقود الملزمة للجانبين، لذلك ينتج عنه حقوق والتزامات متقابلة فى ذمة كل من طرفيه، فحقوق أى من طرفيه والتزاماته، تقابلها حقوق والتزامات فى ذمة الطرف الآخر، فحق الدولة المتعاقدة فى إنشاء المشروع وتشغيله يقابله التزام شركة المشروع بفعل هذا الشئ، والتزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع وتمويله، وتشغيله يقابله حق فى ذمة الدولة المتعاقدة فى أن تهيئ لها المناخ المناسب للاستثمار وأن تمكنها من تنفيذ المشروع، والتزام شركة المشروع بتسليم المشروع بحالة جيدة بعد المدة المتفق عليها للتشغيل والاستغلال يقابله التزام الدولة بالسماح لها بتشغيل المشروع واستغلاله خلال تلك الفترة، ٠٠٠، وهكذا ٠٠٠ وإخلال أحد الطرفين بأى من الالتزامات التى يرتبها العقد تستوجب مسئوليته، وسنتحدث فى ثلاثة مطالب متوالية عن حقوق والتزامات طرفى العقد وجزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، على النحو التالى:

المطلب الأول: حقوق والتزامات الشخص المعنوى العام طرف التعاقد٠

المطلب الثانى: حقوق والتزامات شركة المشروع٠

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الـ "B.O.T."٠

المطلب الأول

حقوق والتزامات الشخص المعنوى العام

طرف التعاقد

تمهيد وتقسيم :

يرتب عقد البناء والتشغيل وإعادة المشـروع للدولـة أو للشـخص المعنوى الذى يمثلها فى التعاقد لتنفيذ المشروع بنظام الـ "B.O.T."، حقوقا، كما يضع على كاهلها التزامات يتعين عليها القيام بها، وسنبحث فى فرعين فى حقوق والتزامات الشخص المعنوى العام المتعاقد على النحو التالى:

الفرع الأول: حقوق الشخص المعنوى العام المتعاقد.

الفرع الثانى: التزامات الشخص المعنوى العام المتعاقد.

الفرع الأول

حقوق الشخص المعنوى العام

طرف التعاقد

أشرنا من قبل إلى أن الرأى الراجح يذهب إلى اعتبار عقـود الـ "B.O.T." من عقود القانون الخاص، إلا أن طول مدة العقد، وتعلقه بمشروع عام يقوم على خدمة عامة للجمهور - من ناحية - وكون عقد الـ "B.O.T." من أهم عقود الاستثمار التى يتعين على الدول النامية التشجيع على إبرامها - من ناحية أخرى - كل ذلك جعل العقد يتأثر بقواعد القانون العـام الـذى تتمتع فيه الإدارة بحقوق ليس لها مثيل فى عقود القانون الخاص[1]، ومن هذه الحقوق:

---

[1] وهذه الحقوق مسلم بها فى القضاء الإدارى، حيث تقرر محكمة القضاء الإدارى أن "القانون الإدارى يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، أو سلطة توقيع الجـزاءات علـى المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها إنهاء -

أولا: حق الإدارة فى الرقابة٠

ثانيا: حق الإدارة فى تعديل العقد٠

ثالثا: حق الإدارة فى استرداد المشروع قبل نهاية مدته٠

رابعا: حق الإدارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد٠

وفى نطاق العقود الإدارية تستطيع الإدارة اللجوء إلى هذه الحقـوق، ولو لم ينـص عليها فى العقد، ولا يستطيع المتعاقد معـها أن يدفـع هـذه الحقوق بقاعدة القوة الملزمة للعقد، حيث لا يصح ذلك إذا تعلق الأمر بعقـد إدارى٠

غير أن التسليم بهذه الحقوق التى تملكها جهة الإدارة قبل من يتعـاقد معها فى ظل النظرية التقليدية للعقود الإدارية، قد لا يمكن القبول به فى عقد الـ "B.O.T."، الذى هو من عقود الاستثمار التى قد تقتضى من الدولـة أن تتعاقد بخصوصها بذات الطريق التى يتعاقد بها أفراد القانون الخاص، فـإذا كانت شركة المشروع شخصاً أجنبياً، تعين التسليم بالمسـاواة بيـن طرفـى العقد، والقول بغير ذلك يعنى إحجام الاتحادات المالية، والشـركات دوليـة النشاط عن إبرام عقود الـ "B.O.T." رغم حاجة الدولة إلى الاسـتثمارات الأجنبية٠

وهنا لابد أن يثور التساؤل: هل يمكن - فعلا - أن تغل يـد الإدارة عن استخدام هذه الحقوق - فى هذا العقد؟، أم أن الأمر يقتضـى - فقـط - تحجيم هذه الحقوق والحد من آثارها، وتعيين كيفية اللجوء إليها، وحالاتـه، باعتبار أن ذلك أمر لابد منه حتى ينتظم سير المرفـق، تحقيقـا للمصلحـة العامة؟

= العقد إذا رأت حسب مقتضيات المصلحة العامة - أن تنفيذ العقد أصبح أمراً غير ضـرورى، وهى تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى ا لعقد لأنها تتعلـق بالنظـام العام". - حكم محكمة القضاء الإدارى، بتاريخ ٣ يونيه ١٩٥٧، مجموعة المبـادئ، س ١١، ص ٦٠٧.

يرى البعض[١] ضرورة وجود سلطات الإدارة في عقد الـ "B.O.T." بالقدر الذى يتلاءم مع هذه العقود لأن القول بغير ذلك، يؤدى إلى أن تصبح هذه العقود كارثة على تشغيل المرفق، وإهداراً للمصلحة العامة، وذلك بسبب طول مدة العقد، التى يمكن أن تصل إلى تسع وتسعين سنة، فمن غير المقبول أن تجرد الإدارة من سلطاتها فى ظل عقد يمتد هذه الفترة الطويلة.

ونرى تحجيم وتضييق حقوق الإدارة بالقدر الذى يتلاءم مع طبيعة عقد ألـ "B.O.T."، ونرى تحديد هذه الملائمة بالتفرقة بين المشروعات التى تنصب عليها هذه العقود، فلا تعامل المشروعات التى تشكل مرافق عامة مثل المشروعات التى لا تشكل مثل هذه المرافق، كما نرى تحديد هذه الملائمة بالتفرقة بين هذه الحقوق، فبعض هذه الحقوق لا تتلاءم - البتة - مع عقود الـ "B.O.T."، وذلك مثل حق الإدارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد معها، نظرا لأن هذه العقود تتضمن - على الأغلب - شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما يثور بشأنها من منازعات، ونرى أنه من الأنسب أن تحرص الجهة الحكومية على تضمين العقد الحقوق التى ترى التمسك بها، حتى يكون المتعاقد معها على بينة من هذه الحقوق، منذ البداية، ويحسب حسابها.

وسوف نتناول هذه الحقوق، التى تخولها النظرية التقليدية فى العقود الإدارية لجهة الإدارة - بالبحث - لنرى مدى اتفاقها مع عقود الـ "B.O.T."، وإذا كان الأمر كذلك، فسوف نتحدث عن:

أولا: حق الرقابة.

ثانيا: حق تعديل العقد.

ثالثا: حق استرداد العقد قبل نهاية مدته.

---

[١] الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٧، ١٩٨.

أولا : حق الرقابة :

للجهة الحكومية المتعاقدة حق الرقابة، ومتابعة المتعاقد معها في تنفيذ العقد، وحق الرقابة على المتعاقد، قد يؤخذ بمعنى ضيق، وهو يعني مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذا صحيحا عن طرق تعيين مندوب عنها، يشرف على تنفيذ العقد، ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة، على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عموما.

بينما يتجاوز حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها هذا المعنى إلى معنى أكثر اتساعا، حيث تتدخل الإدارة في التنفيذ ولها أن توجهه كما تشاء، وفق المصلحة العامة، فلها أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ، أو الإسراع من معدله، أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين[١].

وتستخدم الإدارة حقها في الرقابة في إطار نصوص العقد وشروطه، ولا تتجاوز ذلك إلى فرض شروط أخرى جديدة، أو تعديل شروط قائمة، حيث أن حق الإدارة في الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد، وبنوده[٢].

وعلى ذلك فإننا نرى أن الإدارة عندما تمارس حقها في الرقابة على المتعاقد في عقود الـ "B.O.T."، فإنها تمارس ذلك الحق بالمعنى الضيق الذي لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عموما.

ونحن مع الاتجاه[٣] الذي يرى أن حق الرقابة في عقود الـ "B.O.T."، يكتسب أهمية خاصة لسببين:

---

(١) الدكتور/ جابر جاد نصار، عقود الـ "B.O.T."، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٩.

(٢) الدكتور/ محمد سعيد أمين، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٥. الدكتور/ أحمد عثمان عياد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٨٨.

(٣) الدكتور/ جابر نصار، عقود الـ "B.O.T."، ص ١٩٩؛ الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٩٩.

السبب الأول : هو طول مدة التشغيل والاستغلال التى قد تصل إلى تسع وتسعين سنة.

والثانى : هو التزام شركة المشروع بإعادة المشروع بحالة جيدة بعد انتهاء المدة المحددة لاستغلال المشروع[1]، وذلك لا يمكن أن يتحقق إلا إذا سلمنا بحق الشخص العام المتعاقد فى الرقابة على شركة المشروع فى كل مراحل تنفيذ العقد، ويمكن أن تتم هذه الرقابة بتعيين ممثل للجهة الحكومية المتعاقدة فى مجلس إدارة المشروع يختص بمراجعة ومناقشة أى توسعات رأسمالية مستقبلة وإطلاع الشخص العام المتعاقد على تلك التوسعات، ومراقبة ميزانية المشروع، وعقود الصيانة، ومدى كفايتها[2].

ثانيا : **حق تعديل العقد** :

تنص العقود الإدارية - دائما - على حق الإدارة فى تعديل العقد الإدارى باعتباره من الشروط غير المألوفة التى تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية.

وقد حرص المشرع - فى مصر - على النص عليه صراحة فى المادة ٧٨ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتى تنص على أن "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو بالنقص فى حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار،

---

(١) نصت الفقرة (أ) من المادة الثالثة من عقد إنشاء واستغلال مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، على أنه "(١) قام المستثمر بتشكيل مجلس إدارة المشروع على النحو الذى تم الاتفاق عليه بالملحق (٢)، يمثل فيه المالك "الهيئة المصرية العامة للطيران" بعدد عضوين من تسعة أعضاء.

(٢) الدكتور/ حسن أحمد عبيد: بدائل نظام الـ "B.O.T." فى تمويل الأشغال العامة، بعض التجارب العالمية، بحث مقدم إلى مركز التحكيم، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، نوفمبر ٢٠٠٠، ص ٦.

دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهة الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك •

ويرى البعض أنه يمكن استخدام الإدارة لحقها فى التعديل فى عقد الـ "B.O.T." مع ضرورة تعويض المتعاقد (شركة المشروع) عن الأضرار التى يتكبدها بسبب هذا التعديل[١] •

ونرى أن حق الإدارة فى التعديل – المعروف فى العقود الإدارية لا يتلاءم مع عقود الـ "B.O.T." للأسباب الآتية:

أ – إن حق الإدارة فى التعديل – غالبا – ما ينص عليها فى العقود باعتبارها من الشروط غير المألوفة التى تميز العقود الإدارية ولا تتناسب تلك الشروط غير المألوفة مع عقود الـ "B.O.T." التى تبرم – على الأغلب وفقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" •

ب – إن من الصعب أن يوجد مجال للتعديل فى عقود الـ "B.O.T." حيث أنها تنصب على مشروعات ضخمة مثل الطرق أو الجسور أو محطات الطاقة، ومثل هذه المشروعات نظرا لأهميتها، وتكلفتها المالية الضخمة تدرس بعناية، ويخطط لها بدقة من جانب الحكومة أو من جانب شركة المشروع، الأمر الذى لا يترك مجالا للتعديل فى العقود، وقد جرى العمل على أن يقتصر دور الجهة الحكومية على تحديد المواصفات العامة الوظيفية، والغاية النهائية المرجوة من المشروع وكفاءته الإنتاجية وكفاءته الفنية على أن تترك التفاصيل لتحقيق هذه الغاية لشركة المشروع، وذلك يحقق ميزة للجهة الحكومية إذ تنتقل مخاطر التصميم إلى القطاع الخاص، دون أدنى مسئولية عليها[٢] •

لذلك نرى أن حق الشخص المعنوى المتعاقد فى التعديل، لا محل له فى عقد الـ "B.O.T."، إلا حيث ينص العقد على جواز هذا التعديل،

---

[١] الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، ص ٢٠٥.

[٢] الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طرق القطاع الخاص، ص ٢٥٣.

حيث يجيز العقد للعميل - عادة - إدخال تغييرات أو تعديلات على رسوم البناء أثناء تنفيذها، كإضافة أجزاء جديدة إلى البناء أو إلغاء أجزاء أخرى، ويحرص العقد على وضع حد لمثل هذه الطلبات لكى لا تصل إلى تغيير الرسومات الأصلية تغييرا شاملا أو جوهريا، ومن أمثلة هذه الحدود اشتراط ألا تزيد قيمة التعديل عن نسبة معينة من التصميمات (١٥% مثلا)[١] وعندئذ يصبح التعديل تنفيذا للعقد.

ثالثا : **حق الإدارة فى استرداد المشروع قبل نهاية مدة العقد** :

من الحقوق المقررة للإدارة وفقا للنظرية التقليدية لعقد الالتزام حقها فى استرداد المرفق قبل انتهاء مدة العقد، وهذا ما قررته المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧.

على أن هذا الحق لا يتصور تطبيقه فى مجال مشروعات عقود الـ "B.O.T."، فإن (شركة المشروع) تنشئ المرفق وتشغله خلال المدة المتفق عليها فى العقد ثم تعيده مع أصوله الرأسمالية إلى الشخص المعنوى المتعاقد[٢].

ولا شك أن ممارسة الإدارة لهذا الحق يهدد الاستثمارات الضخمة التى تكبدتها شركة المشروع، لذلك فلا يتصور ممارسة الإدارة لهذا الحق إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك صراحة فى العقد.

وأخيرا فإن حق الإدارة فى استرداد المشروع يكون بعد انتهاء مدة العقد، وليس قبل انتهاء المدة المذكورة، وإلا اعتبر ذلك إخلالا بنصوص العقد يخول شركة المشروع الحق فى التعويض[٣].

---

(١) الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح نموذج من عقود التنمية، ص ٤٠.

(٢) الدكتور جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، ص ٢١٢.

(٣) الدكتور/ محمد السعيد الزقرد: عقد البوت وآليات الدولة العالمية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى السادس لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، المنعقد فى ٢٦، ٢٧ من مارس ٢٠٠٢، ص ١٩.

على أنه إذا كانت هناك حقوق للدولة (أو الشخص العـــام) المتعـــاقد بمقتضى عقد الـــ "B.O.T."، فإن عليها بمقتضى هذا العقد التزامات عليـــها الالتزام بها وسوف نبحث هذه الالتزامات فى الفرع التالى.

الفرع الثانى

التزامات الشخص المعنوى العام طرف التعاقد

هناك التزام عام يقع على عاتق الدولة التـــى تـــهدف إلـــى إنشـــاء مشروعاتها العامة والخدمية بنظـــام البنـــاء والتشـــغيل وإعـــادة المشـــروع "B.O.T." بالتشجيع والدعم والمساعدة فى إنجاح مشروعات هذا النظام، حتى تجتذب رؤوس الأموال الخاصة المحلية والأجنبية للاســـتثمار فـــى مجـــال مشروعات البنية الأساسية، وغيرها من المشروعات العامة على أرضـــها، وهو ما يعبر عنه بـــ "توفير مناخ الاستثمار".

وهناك من ناحية أخرى - التزامات خاصة بكل عقد على حدة تقـــع على عاتق الشخص المعنوى الذى يمثل الدولة فى التعاقد كأثر لكونه طرفـــا فى أى عقد من عقود الـــ "B.O.T.".

وسوف نتحدث عن كل من هذه الالتزامات فيما يلى:

أولا : التزام الدولة بتوفير مناخ الاستثمار Investment Climate :

يعتبـــر الدعم من جانب الدولة المتعاقدة عاملا أساسيا للنجـــاح فـــى تنفيذ مشروعات الـــ "B.O.T."، إذ أن دور الحكومة لا يقتصر على إعطـــاء الإذن بتنفيذ المشروع، فهى المالكة الحقيقية له، والتى تقف خلف المشـــروع تســـانده وتحل مشاكله، باعتبار أنها تملك الأرض والمرافق التى يقام عليـــها المشروع، وتملك حق منح الامتياز والتراخيص والموافقات اللازمة لإقامـــة المشروع، وهى بموجب ملكيتها الأصلية تقوم بمنح حق الانتفاع للمســـتثمر الذى يتعاقد على تنفيذ المشروع، وتحدد له مدة الانتفاع، وتحدد له - أيضا -

ضوابط وشروط استخدامه، كما تحدد - فى العقد - العلاقة بينيا وبين المستثمر الحائز للمشروع[١].

وتوفير مناخ الاستثمار يتم عن طريق توفير إطار قانونى محكم يشجع الاستثمار الخاص، ويكفل تحصيل عوائد هذا الاستثمار، ويمكن أن يتبلور هذا الإطار فى شكل تشريعات تنظم الاستثمار، وسائر المسائل التجارية بوجه عام، ولا يهم أن تكون - بالضرورة - موجهة نحو مشروعات البناء والتشغيل والإعادة، فوجود هذه التشريعات ييسر التفاوض بشأن مشروعات محددة حيث إنه سيتعين فى حالة عدم وجودها أن يشمل العقد مختلف المسائل والضمانات، التى كان يتعين أن تكون مكفولة بالتشريعات مما يزيد من عملية المفاوضات[٢].

كما يجب توفير الأسس الدستورية، والتشريعية، والسياسية، والاقتصادية، والإدارية، التى يمكن أن تؤثر على فرص نجاح مشروع استثمارى فى بلد معين[٣]، فلا مجال للحديث عن مشروعات البناء والتشغيل وإعادة المشروع، ما لم يكن دستور الدولة يسمح بملكية القطاع الخاص، وتمويل مرافق البنية الأساسية، وتشغيلها، كما يلزم أن تكون التشريعات، والقوانين المنظمة للملكية، والشركات، والعقود، والرهن متسمة

---

(١) الدكتور/ محسن الخضيرى، سابق الإشارة إليه، ٦٦.

وانظر: بصفة عامة، الدكتور/ عصام بسيم: النظام القانونى للاستثمارات الأجنبية الخاصة فى الدول الآخذة فى النمو. دار النهضة العربية، ١٩٧٢.

(٢) انظر فى ذلك تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، الدورة (٢٩) نيويورك فى ٢٨ مايو إلى ١٢ يونيه ١٩٩٦، بعنوان "الأعمال المقبلة المحكمة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية"، سابق الإشارة إليه، ص ٩.

انظر أيضا:

UNIDO – B.O.T. Guidelines, P. 7, 8.

(٣) الدكتور/ رمضان صديق محمد: الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، بحث منشور بمجلة التشريع المالى والضريبى، العدد رقم ٣١٥، ٣٣٦، مايو / أغسطس ١٩٩٨، ص ٣٧.

بقدر من المرونة، ولا تعوق الآليات الاقتصادية لتمويل مشروعات البنية الأساسية[١]. وتتضمن من الحوافز المالية والضريبية ما يضمن للمستثمر تحقيق ربح مناسب ومن الضمانات ما يحمى رأس مال المستثمر وأرباحه من المخاطر غير التجارية.

تبسيط الإجراءات الإدارية :

من المفيد أن تكون الجهات الإدارية التى تتولى التعامل مع الاستثمار الأجنبى على قدر كبير من التنسيق، وعلى سبيل المثال، قامت مصر بإنشاء مركز تعامل مع الاستثمارات الأجنبية من مرحلة واحدة تحت رعاية هيئة الاستثمار لتسهيل الإجراءات اللازمة[٢].

---

(١) راجع مشروع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لصياغة دليل تشريعى فى شأن مشروعات البنية الأساسية، التى يتم تمويلها بواسطة القطاع الخاص، والمقدم من سكرتارية اللجنة فى (فيينا) فى الفترة من ١٧ مايو إلى ٤ يونيو ١٩٩٩.

(٢) انظر: Faye Levin: Op. Cit., P. 17.

وقد أناطت قوانين الاستثمار السابقة على القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ للهيئة العامة للاستثمار الاختصاص بتنفيذ قوانين الاستثمار، إلا أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ نص فى المادة الثانية من مواد إصداره على أن "تحل الجهة الإدارية المختصة بتنفيذ أحكام هذا القانون محل الهيئة العامة للاستثمار ومجلس إدارتها وجهازها التنفيذى، ويصدر بتحديد تلك الجهة، وبيان اختصاصاتها، وتنظيم عملها، ووضع الضوابط المتعلقة بها قرار من رئيس الجمهورية". وقد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٩٧ بتحديد الجهة الإدارية المختصة بتنفيذ القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بأنها الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة.

وفى ٢٠٠٢/٤/١٥ صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن تنظيم خدمات الاستثمار فنص فى مادته الأولى على: "يكون نظام تقديم كافة خدمات الاستثمار مثل الموافقات والتصاريح والتراخيص، اللازمة لإنشاء وإدارة وتشغيل المشروعات الاستثمارية من خلال نافذة وحيدة تسمى (مجمع خدمات الاستثمار)، ينشأ بالهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة ويكون له فروع بالمحافظات والمدن العمرانية الجديدة. =

وبالجملة فإنه يتعين على الدولة أن تـهيئ المنـاخ الـلازم لجـذب الاستثمارات اللازمة عند التفكير فى التعاقد على إنشاء المشروعات بنظـام الـ "B.O.T." تشجيعا للاستثمار، وسنتحدث عن الحوافز والضمانات التـى تمنحها الدولة فى المطلب التالى ضمن حقوق شركة المشروع.

ثانيا : الالتزام بالقيام بما هو ضرورى لتنفيذ العقد :

تلتزم الدولة أو الشخص المعنوى العام الذى يمثلها فى التعاقد بالقيـام بما هو ضرورى لكى تنفذ شركة المشروع العمل المتعاقد عليه، ويشمل ذلـك التزام الدولة المتعاقدة بتسليم موقع المشروع خاليا لشركة المشروع، حتـى تتمكن الأخيرة من البدء فى تنفيذ الأعمال فى مواعيدهـا المحـددة، وعلـى الشخص المعنوى العام الذى يمثل الدولة فى التعاقد تمكين شركة المشـروع من الوصول إلى الموقع وحيازته حيازة هادئة، تمكنها من تنفيذ التزاماتـها، والبدء فى تنفيذ الأعمال المتفق عليها.

وإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصا من سـلطات معينـة، فـإن الاتفاق - عادة ما - ينص على التزام الدولة المتعاقدة، وعلى نفقتـها ببـذل العناية اللازمة، والتعاون مع شـركة المشـروع للحصـول علـى كافـة

- ويتم تقديم هذه الخدمات فى مكان واحد تشترك فيه سائر الوزارات المنوط بها ذلك طبقـا للقوانين والقرارات المنظمة لاختصاصها، تحت إشراف الهيئة، دون غيرها".

الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٥ (مكرر) فى ٢٠٠١/٤/١٥.

وتنفيذا لهذا القرار وبتاريخ ٢٠٠٣/٤/١٦ صدر قرار رئيس مجلس الـوزراء رقـم ٦٣٦ لسنة ٢٠٠٢، فنص فى مادته الأولى على أن: "يكون نظام تقديم كافة خدمات الاستثمار مـن موافقات وتصاريح وتراخيص لازمة لإنشاء وإدارة وتشغيل المشروعات الاستثمارية بمجمـع خدمات الاستثمار بالهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة وفروعـه بالمحافظـات والمـدن الجديدة من خلال ممثلين مفوضين من وزاراتهم، على ألا تقل درجة كل منـهم عـن وكيـل وزارة وكـذا من خلال ممثلين مفوضين من الجهات الأخرى، على ألا تقل درجة أى منـهم عن مدير عام، وذلك دون الرجوع إلى جهاتهم الأصلية فى اتخاذ القـرار الـلازم لإصـدار الموافقة أو التصريح أو الترخيص.

التراخيص، والموافقات اللازمة السارية، حتى تتمكن من تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها فى العقد[١].

كما ينص العقد - عادة - على أن إخفاق شركة المشروع أو تأخرها فى الحصول على الموافقات اللازمة، لا يعد حالة من حالات الإخلال، طالما أن ذلك الإخلال أو التأخير لا يرجع إلى خطأ الشركة[٢].

وإذا كان متفقا على أن تقوم الدولة المتعاقدة بتقديم الأدوات أو الآلات، أو الوقود أو الطاقة، أو المواد الأولية التى تستخدم فى المشروع، وجب عليها توريد هذه الأشياء.

كذلك إذا تضمن الاتفاق أن يتم العمل وفقا لمواصفات أو بيانات يقدمها الشخص المعنوى الذى يمثل الدولة فى التعاقد، فإنها تلتزم بتقديمها، لأنه لا يمكن تنفيذ العمل بدونها.

ويلتزم الشخص المعنوى العام الذى يمثل الدولة فى التعاقد كذلك بالتعامل مع السلطات المحلية بشأن ما يتطلبه القانون المحلى من شروط تتعلق بالاستثمار أو العمل أو الضرائب، أو البيئة، أو النقد، أو الجمارك. وتقديم المساعدات اللازمة للحصول على التأشيرات اللازمة لدخول العاملين الأجانب وإقامتهم[٣].

فإذا لم يقم الشخص المعنوى الذى لم يمثل الدولة فى التعاقد بما هو ضرورى لتنفيذ العمل، كان لشركة المشروع - وفقا للقواعد العامة[٤] - أن

---

(١) من ذلك ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة الثانية من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، على أن "يقوم المالك بالحصول على جميع الموافقات والتراخيص المطلوبة لإبرام هذا العقد".

(٢) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية "B.O.O.T."، ٢٠٠١، ص ٢٢٩، ٢٣٠.

(٣) الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص ٧٨.

(٤) الدكتور/ محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ١٥.

تطلب التنفيذ العينى إذا كان ممكنا، وإذا كان التنفيذ العينى غير ممكـــن، ألا يتدخـل ذلك الشخص المعنوى، فيجوز الحكم عليه بعقوبة تهديديـــة لحملــه على تنفيذ التزامه.

فإذا قام ذلك الشخص المعنـوى بتنفيذ التزامه، ولكن تم متأخرا ممـا أضر بشركة المشروع، كان لهذه الأخيرة أن تطالبه بتعويض عما لحقها مـن ضرر بشرط أن تكون قد أعذرته بوجوب تنفيذ التزامه.

وللشركة بدلا من طلب التنفيذ العينى أن تطلب فسخ العقد، لإخـــلال المتعاقد معها بالتزامه، والتعويض عما أصابها من ضرر بسبب ذلك.

ثالثا : التزام الدولة المتعاقدة بتمكين شركة المشروع من استغلال المشروع :

تلتزم الدولة أو الشخص المعنوى المتعاقــد بتمكين شركة المشــروع من تشغيل المشروع واستغلاله عن طريق تقاضى الرســم الــذى تحصلــه الشركة مقابل الانتفاع بخدمات المشروع، أو تقاضــــى ثمــن بيــع إنتــاج المشروع للدولة، ويمثل هذا الالتزام الواقع على عاتق الدولة أهمية كـــبرى بالنسبة لشركة المشروع حيث أنه بمثابة الثمن أو الأجر الذى تتلقاه شـــركة المشروع مقابل قيامها بإنشاء المشروع، ولما كان هذا الالتزام - الذى يقـــع على عاتق الدولة المتعاقدة - هو أحد أهم حقوق شركة المشروع، فقد آثرنـــا أن نتحدث عنه ضمـــن حقوق شركة المشروع الـــتى نتحـــدث عنـــها فـــى المطلب التالى.

المطلب الثانى

حقوق والتزامات شركة المشروع

تمهيد وتقسيم :

كما هو الحال بالنسبة للدولة المتعاقدة فإن شركة المشروع تكتســـب حقوقا، وتتحمل التزامات من عقد ألـــ "B.O.T."، وعلى ذلك سنقســـم هـــذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: حقوق شركة المشروع.

الفرع الثانى: التزامات شركة المشروع.

الفرع الأول

حقوق شركة المشروع

تمهيد وتقسيم :

تتمتع شركة المشروع بنوعين من الحقوق، الأول تستمده من مناخ الاستثمار السائد فى الدولة، ومن قوانين الاستثمار التى تضعها الدولة، وتنص فيها على مزايا وضمانات يتمتع بها المستثمرون - أفرادا وشركات حال استثمار أموالهم فى المجالات التى تنظمها، أما الثانى فتستمده من العقد المبرم بينها وبين الحكومة لتنفيذ مشروعات الـ "B.O.T."، وإن كنا هنا نتحدث عن آثار العقد، فإن هذا العقد، إنما يبرم فى ظل قوانين الاستثمار، وفى ظل مناخ الاستثمار السائد فى الدولة، فمن الطبيعى أن يتأثر بها العقد، لذلك نرى أنه من المهم الحديث عن حق شركة المشروع فى التمتع بالضمانات والحوافز التى يحددها القانون الخاص بتشجيع الاستثمار مثل الحديث عن الحق الذى تستمده الشركة مباشرة من عقد المشروع وهو حقها فى الحصول على المقابل المالى للعقد.

وإذا كان الأمر كذلك فسوف نتحدث فى هذا الفرع:

أولا: عن حق الشركة فى الاستفادة من الضمانات والحوافز المقررة فى قانون الاستثمار.

وثانيا: عن حق الشركة فى الحصول على المقابل المالى للعقد "الرسم".

أولا : حق شركة المشروع فى الاستفادة من الضمانات والحوافز المقررة فى قانون الاستثمار :

أوضحنا فى المبحث السابق أن الاهتمام بالتشريعات الاستثمارية أمر ضرورى باعتباره أداة الدولة فى التعبير عن سياستها نحو المستثمر،

ولذلك قام الكثير من دول العالم بسن قوانين لتحفيز وتشجيع الاستثمارات الخاصة المحلية والأجنبية على الاستثمار فى مجال البنية الأساسية وغيرها من المشروعات العامة.

وقد تعددت التشريعات الاستثمارية التى صدرت فى مصر منذ عام ١٩٥٢، وكان لكل منها طابع يعبر عن المرحلة التى صدر فيها، وكان آخر هذه التشريعات هو قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الذى حاول التعامل مع المتغيرات الاقتصادية الجديدة، وقد احتوى هذا القانون على العديد من الضمانات والحوافز التى يحق لشركة المشروع الاستفادة منها.

على أنه أيا كان الشكل الذى تتخذه شركة المشروع فإنه يمكن أن تتأسس وفقا لأحكام قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ متى كان من أغراضها ممارسة الأنشطة التى تنص عليها المادة الأولى من القانون، وحددتها اللائحة التنفيذية[١] له، فى المادة الأولى منها، ومن بين هذه الأنشطة:

١ - استصلاح واستزراع الأراضى البور والصحراوية أو إحداهما.
٢ - الإنتاج الحيوانى والداجنى والسمكى.
٣ - الصناعة والتعدين.
٤ - النقل الجوى والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر.

(أ) النقل الجوى للركاب والبضائع، سواء كان منتظما أو عارضا.

(ب) إنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضى النزول أو أجزاء منها، وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول، وغير ذلك مما يرتبط مباشرة بالنقل الجوى من خدمات كالصيانة والإصلاح والتموين والتدريب.

---

[١] صادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢١٠٨ لسنة ١٩٩٧، الوقائع المصرية، العدد رقم ١٧٤ (تابع) فى ١٩٩٧/٨/٩.

٥ - البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق واتصالات وجراجات متعددة الطوابق بنظام (B.O.T.) سواء كانت تحت سطح الأرض أو فوق الأرض[١] وعدادات تنظيم انتظار السيارات بنظام (B.O.T.)[٢]:

(أ) إقامة أو تشغيل وإدارة محطات تحلية وتكرير مياه الشرب وشبكات توزيعها وخطوط نقلها.

(ب) إقامة أو تشغيل وإدارة محطات الصرف الصحى أو الصرف الصناعى والتنقية وتوصيلاتها.

(ج) تصميم أو إنشاء أو إدارة أو تشغيل أو صيانة محطات توليد الكهرباء على اختلاف مصادرها وشبكات توزيعها[٣].

(د) إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها.

(هـ) - ١ - إقامة أو تشغيل أو إدارة محطات وشبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية والأقمار الصناعية بعد الحصول على ترخيص من الجهات المعنية وفقا للقوانين المعمول بها ولا يشمل ذلك الإذاعة والتليفزيون.

٢ - إقامة شبكات نقل الصوت والصورة والمعلومات المكتوبة وتقديم خدمات القيمة المضافة بعد الحصول على ترخيص من الجهات المعنية وفقا للقوانين المعمول بها ولا يشمل ذلك شبكات الهاتف المحمول[٤].

(و) - ١ - تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل أو صيانة خطوط مترو الأنفاق أو أجزاء منها وإدارة وتشغيل أو صيانة ما هو قائم من هذه الخطوط[٥].

---

[١] مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٦٥ لسنة ٢٠٠٢.

[٢] مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢٣٠ لسنة ٢٠٠٢.

[٣] مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٤٠ لسنة ٢٠٠٠.

[٤] مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٤٠ لسنة ٢٠٠٠.

[٥] مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٤٠ لسنة ٢٠٠٠.

٢ – تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل أو صيانة خطوط المترو السطحية داخل المدن أو بين المدن.

٣ – تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل أنفاق السيارات.

٤ – إقامة وتشغيل وإدارة الجراجات المتعددة الطوابق بنظام (B.O.T.)[١].

وعلى ذلك فإن الشركة التى يكون من بين أغراضها الأنشطة سالفة الذكر سوف تتمتع بالضمانات والحوافز التى نص عليها قانون الاستثمار والتى نبسط الحديث عنها فيما يلى، وسنبحث أولا فى الضمانات، وثانيا فى الحوافز.

(أ) ضمانات الاستثمار التى تتمتع بها شركة المشروع، وفقا لقانون الاستثمار:

منح القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ المنشآت والشركات الاستثمارية التى تعمل وفقا لأحكامه العديد من الضمانات التى تهدف إلى طمأنة المستثمر إلى أنه فى ظل مناخ استثمارى ملائم يحقق الأمان لرأس ماله.

وقد نصت المواد من ٨ إلى ١٣ من القانون على الضمانات التى تتمتع بها كافة المنشآت والشركات الاستثمارية، أيا كان شكلها القانونى أو حجم رأس مالها أو المجال الذى تزاول نشاطها فيه، وفقا لأحكام القانون، وهذه الضمانات هى:

١ – عدم جواز التأميم أو المصادرة :

نصت المادة ٨ من القانون على أن "لا يجوز تأميم الشركات أو المنشآت أو مصادرتها".

وقد وجه البعض[١] النقد إلى هذا النص من ناحية أنه يتعارض مع المادة ٣٥ من الدستور التى تنص على أنه لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات

---

(١) مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٩٩٥ لسنة ٢٠٠٠، الوقائع المصرية – العدد ٢٢٨ – فى ٢٠٠٠/١٠/٧.

الصالح العام، وبقانون، ومقابل تعويض، وكان المفروض أن يتسق قـــانون الاستثمار مع الدستور فيقر التأميم كطريق استثنائى ·

وقد رد البعض[٢] على ذلك بحق بأن نص المـــادة ٨ مـن قــانون الاستثمار لا تتعارض مع نص المادة ٣٧ من الدســتور، ذلــك لأن النـص الدستورى يمنع اللجوء إلى التأميم كقاعدة عامة، ويجيز اللجــوء إليــه فــى حــالات استثنائية، يقدرها المشرع· وقد قدر المشرع بقانون الاستثمار أنــه لن يلجــأ إلــى هذا الطريق الاستثنائى، وليس فى ذلك مخالفــة دسـتورية يمكن أن تنسب إليه·

٢ - عدم جواز فرض الحراسة أو الحجز أو تجميد الأموال :

نصت المادة رقم ٩ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار على أنـــه "لا يجوز بالطريق الإدارى فرض الحراسة على الشــركات أو المنشــآت أو الحجز على أموالــها، أو الاســتيلاء أو التحفــظ عليــها، أو تجميدهــا، أو مصادرتها"·

وقد تقرر هذا النص لحماية المنشآت والشركات الاســـتثمارية مــن خضوعهــا لإجراءات تعسفية تقوم بها جـــهات إداريـــة تحــرم المنشــآت والشركات من أموالها، ولم يجعل المشرع الحق فى اتخاذ هذه الإجــــراءات متاحا إلا عندما يقرر القانون ذلك[٣].

---

(١) الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: جنسية الأشخاص الاعتبارية والاستثمار فى مصـــر، بحـث مقدم إلى المؤتمر الذى نظمته كلية حقوق عين شمس بالاشتراك مع مؤسسة "يونراد" الألمانية، بمدينة الغردقة فى ١١ - ١٥ أبريل ١٩٨١، ص ٢٠٩ - ٢١١.

(٢) الدكتور/ رمضان صديق محمد: الضمانات القانونية، والحوافز الضريبية لتشجيع الاسـتثمار، بحث منشور بمجلة التشريع المالى والضريبى، عدد خاص العدد رقم ٣١٥/٣١٦، الســنة ٤٦ مايو / أغسطس ١٩٩٨، ص ١٥٦.

(٣) ويعد نص المادة ٩ من قانون الاستثمار تأكيدا لما نص عليه الدستور فى المادة ٣٤ مـــن أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القـــانون وبحكم قضائى، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون"· -

٣ - عدم الخضوع للتسعير الجبرى أو التحديد الإدارى للأرباح :

نصت المادة ١٠ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أن "لا يجوز لأية جهة إدارية التدخل فى تسعير منتجات الشركات أو المنشآت أو تحديد ربحها"•

وتتفق هذه الضمانة مع سياسة الاقتصاد الحر التى تنتهجها الدولة، والتى تتطلب أن تتحدد الأسعار، وفقا لمقتضيات العرض والطلب، دون أن تتدخل الدولة بتحديدها عن طريق قرارات إدارية• وقد جاء المشرع بهذا القانون ليخرج المنتجات أو السلع أو الخدمات التى تنتجها، أو تقدمها المشروعات الاستثمارية من الخضوع للتسعير الجبرى[١].

٤ - عدم جواز إلغاء الانتفاع بالعقارات :

نصت المادة رقم ١١ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار على أنه: "لا يجوز لأية جهة إدارية إلغاء أو إيقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التى رخص بها للشركة كلها أو بعضها إلا فى حالة مخالفة شروط الترخيص"• ويهدف هذا النص إلى إتاحة الفرصة للمنشآت الاستثمارية فى أن تنتفع بالعقارات التى رخص لها أن تنتفع بها دون أن تفاجئها جهة ما بإلغاء هذا الترخيص إلغاء كليا أو جزئيا دون مقتضى، مما يقلل انتفاعها بها أو يضر بمصلحة المنشأة• ولذلك منع المشرع قيام أية جهة باتخاذ أى إجراء من شأنه إلغاء هذه التراخيص إلا فى حالة واحدة هى حالة مخالفة المنشأة لشروط هذا الترخيص•

ولم يشأ القانون أن يجعل حق الجهة الإدارية فى إلغاء الترخيص عند الدعوى بمخالفة شروطه أمرا ميسورا للجهة الإدارية تلجأ إليه بمقتضى سلطتها التقديرية، وإنما أحاط هذا الإجراء بضمانتين أساسيتين:

- راجع: الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانون والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، ص ١٢٩.

(١) الدكتور/ صفوت عبد السلام عوض الله: الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية فى مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٦٤.

الضمانة الأولى: جعل أداة إلغاء الترخيص تكون بقرار يصدر من رئيس مجلس الوزراء بعد عرض الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة.

والضمانة الثانية: أقر بحق صاحب الشأن فى الطعن على قرار الإلغاء أمام محكمة القضاء الإدارى، ولكنه قصر ميعاد الطعن، حيث أوجب الطعن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار، وليس خلال ستين يوما كما تقضى بذلك القواعد العامة لإلغاء القرارات الإدارية[١].

٥ - الحق فى تملك الأراضى والعقارات دون التقيد بتملك الأجانب :

من الطبيعى أن يكون للمواطنين حق تملك العقارات فى الدولة التى يحملون جنسيتها، ولكن حق الأجانب فى ذلك تتنازعه وجهات نظر مختلفة، حسب ظروف كل دولة.

أما فى مصر فقد جاء نص المادة ١٢ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ فأطلق حق الشركات والمنشآت الاستثمارية أيا كانت جنسية الشركاء، أو محال إقامتهم، أو نسب مشاركتهم، فى تملك أراضى البناء والعقارات المبنية اللازمة لمباشرة نشاطها والتوسع فيه دون أن يعلق هذه الملكية على شرط موافقة الهيئة العامة للاستثمار[٢].

---

[١] انظر: المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم: شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، طبقا لأحدث التعديلات، طبعة ٢٠٠٠، ص ٢٥٩، الدكتور/ رمضان صديق محمد، سابق الإشارة إليه، ص ١٦٧، الدكتور/ صفوت عبد السلام عوض الله، سابق الإشارة إليه، ص ٦٤، الدكتور/ أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود الـ "B.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٢٨٧.

[٢] الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ١٣١.

٦ - حرية الاستيراد والتصدير :

نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للاستيراد، للشركات والمنشآت أن تستورد بذاتها أو عن طريق الغير ما تحتاج إليه في إنشائها أو التوسع فيها من مستلزمات إنتاج ومواد وآلات ومعدات وقطع غيار ووسائل نقل مناسبة لطبيعة نشاطها وذلك دون حاجة لقيدها في سجل المستوردين"٠

وقد أعفى هذا النص المنشآت والشركات الاستثمارية الراغبة في الاستيراد من إجراءات القيد في سجل المستوردين، ولكن ذلك يكون في حدود ما تستورده لأغراض قيام المشروع أو التوسع فيه أو تشغيله من مستلزمات إنتاج ومواد وآلات ومعدات وقطع غيار ووسائل نقل مناسبة لطبيعة نشاطها، وسواء قامت باستيراد هذه الأشياء بذاتها أو عن طريق غيرها[١]٠

(ب) حوافز الاستثمار التي تتمتع بها شركة المشروع، وفقا لقانون الاستثمار :

تتعدد الحوافز التي تمنح للاستثمارات بغرض حفزها على مزاولة نشاط معين أو اتباع سلوك اقتصادي محدد، يتفق والأهداف الاقتصادية، والاجتماعية التي تسعى الدولة إلى تحقيقها٠ ومن أهمها الحوافز الضريبية التي تتمثل في الإعفاء من الضرائب أو خفضها، وقد اختص القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الإعفاءات الضريبة دون غيرها من الحوافز المالية بالتنظيم، وذلك بخلاف قوانين الاستثمار السابقة عليه، ولعل ذلك

---

[١] يجدر التنويه أنه وفقا للمادة الأولى من القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٥ في شأن التصدير والاستيراد، يلزم أن تكون الشركة مملوكة بالكامل لمصريين، أما في ظل قانون الاستثمار فيجوز للشركة أن تستورد باسمها المواد اللازمة لإنشاء المشروع وإقامته حتى وإن كانت مملوكة بالكامل لأجانب٠

- راجع: الدكتور/ رمضان صديق محمد، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٤ - ١٧٦؛ الدكتور/ صفوت عبد السلام عوض الله، سابق الإشارة إليه، ص ٦٥.

يشير إلى أهمية الإعفاءات الضريبية في تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

وتتنوع الإعفاءات الضريبية التى قررها القانون، فهناك الإعفاء من الضرائب المباشرة، أو ضرائب الدخل، كما توجد إعفاءات من بعض الضرائب غير المباشرة مثل ضريبة الدمغة والضريبة الجمركية.

ونعرض فيما يلى لأحكام الإعفاءات الضريبية كما قررها القانون كحوافز للاستثمار:

١ - الإعفاء من الضرائب على إيرادات النشاط التجارى أو الصناعى أو أرباح شركات الأموال :

تعفى من الضريبة على إيرادات النشاط التجارى أو الصناعى أو الضريبة على أرباح شركات الأموال - بحسب الأحوال - أرباح شركات المشروعات، وذلك لمدة خمس سنوات تبدأ من أول سنة مالية تالية لبداية الإنتاج أو مزاولة النشاط، وقد تزيد مدة الإعفاء إلى عشر سنوات، إذا أقيم المرفق داخل المناطق الصناعية، أو المجتمعات العمرانية الجديدة، والمناطق التى يصدر بتحديدها قرار من رئيس مجلس الوزراء، وتزيد هذه الإعفاءات إلى عشرين عاما إذا كان المرفق خارج الوادى القديم[١].

٢ - إعفاء الأرباح الناتجة عن الإندماج، أو التقسيم، أو تغيير الشكل القانونى :

تنص المادة ٢٤ من قانون الاستثمار على أن تعفى الأرباح الناتجة عن اندماج الشركات، أو انقسامها أو تغيير شكلها القانونى من الضرائب والرسوم التى تستحق بسبب الاندماج أو التقسيم أو تغيير الشكل القانونى.

ووفقا للمادة ٢٥ من القانون تتمتع الشركات والمنشآت الدامجة والمندمجة، والشركات التى يتم تقسيمها أو تغيير شكلها القانونى بالإعفاءات المقررة قبل الاندماج أو التقسيم أو تغيير الشكل القانونى إلى أن تنتهى مدة

---

(١) المادة ١٦ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧.

الإعفاء الخاصة بها، ولا يترتب على الاندماج أو التقسيم أو تغيير الشكل القانونى أية إعفاءات ضريبية جديدة.

ويهدف هذا النص إلى المحافظة على الإعفاءات الضريبية الممنوحة للشركات والمنشآت حتى بعد اندماجها أو تقسيمها أو تغيير شكلها القانونى[١].

٣ - الإعفاء من ضريبة الدمغة، ورسوم التوثيق والشهر:

نصت المادة ٢٠ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أن تعفى من ضريبة الدمغة، ومن رسوم التوثيق والشهر عقود تأسيس الشركات والمنشآت، وعقود القرض والرهن المرتبطة بأعمالها، وذلك لمدة ثلاث سنوات من تاريخ القيد فى السجل التجارى، كما تعفى من الضريبة والرسوم المشار إليها عقود تسجيل الأراضى اللازمة لإقامة الشركات والمنشآت.

وتقتصر الاستفادة بالإعفاء المتقدم على المنشآت الفردية والشركات التى تخضع لقانون الاستثمار، ولا ينسحب على النشاط الذى تزاوله الشركة بعد قيامها، فإذا كان قد مضى على قيد الشركة بالسجل التجارى ثلاث سنوات، ثم رأت أن تزاول نشاطا استثماريا فلا يتمتع هذا النشاط بالإعفاء المقرر من ضريبة الدمغة أو رسوم التوثيق والشهر[٢].

٤ - تخفيض الضريبة الجمركية:

نصت المادة ٣٣ من القانون على أن تسرى على الشركات والمنشآت أحكام المادة ٤ من قانون تنظيم الإعفاءات الجمركية الصادرة بالقانون رقم ١٨٦ لسنة ١٩٨٦، الخاصة بتحصيل ضريبة جمركية بفئة

---

(١) انظر هذه الإعفاءات بالتفصيل لدى الدكتور/ السيد عبد المولى: الوجيز فى التشريعات الاقتصادية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩، ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك الدكتور/ رمضان صديق محمد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٢٢، ٢٢٣، الدكتور/ السيد عبد المولى، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٧٤ وما بعدها.

موحدة مقدارها ٥% من القيمة، وذلك على جميع ما تستورده من آلات ومعدات وأجهزة لازمة لإنشائها •

ورغم أن النص مستحدث بالقانون الجديد، إلا أنه يقرر واقعا معمولا به من الناحية العملية، طبقا لنص المادة رقم ٤ من قانون تنظيم الإعفاءات الجمركية رقم ١٨٦ سنة ١٩٨٦، التى تنص على أن "تحصل ضريبة جمركية بفئة موحدة ٥% من القيمة على ما يستورد من الآلات والمعدات والأجهزة اللازمة لإنشاء المشروعات التى تتم تطبيقا لأحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤، والذى حل محله القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٨ ثم القانون الحالى رقم ٨ لسنة ١٩٩٧[١].

هذه هى الحقوق التى تستمدها شركة المشروع من قانون الاستثمار، وننتقل فيما يلى لبحث الحق الذى تستمده الشركة من العقد مباشرة، وهو حق الحصول على المقابل المالى للعقد •

ثانيا : الحصول على المقابل المالي للعقد (الرسم، أو ثمن الخدمة) :

يمثل الحصول على المقابل المالى "الثمن" الهدف الأساسى الذى تسعى إليه شركة المشروع من العقد، ومن إنشاء المشروع•

والأصل هو قيام شركة المشروع بتقديم الخدمة إلى الجمهور، وفى هذه الحالة يحدد عقد المشروع الأسس التى بنى عليها تحديد تعريفة مقابل الخدمة للجمهور • والتعويضات المستحقة لشركة المشروع فى حالة تخفيض التعريفة، ويراعى عند تحديد التعريفة، وقواعد تغييرها تكلفة تقديم الخدمة، ودراسة الجدوى والآثار المترتبة على التضخم وتقلبات أسعار العملة، وغير ذلك من العوامل والظروف الاقتصادية•

---

(١) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ١٣٥، الدكتور/ صفوت عبد السلام عوض الله، سابق الإشارة إليه، ص ٧١، الدكتور/ أحمد سلامة بدر، سابق الإشارة إليه، ص ٣٨٨، ٣٨٩.

وقد تتعهد الدولة بشـــراء الخدمة المنتجـــة مباشـــرة مـــن شـــركة المشروع، على أن تتولى هى - بعد ذلك - تقديمها للجمهور مباشرة أو عـــن طريق إحدى الهيئات التابعة لهـــا[١]، مـــــن أمثلـــة ذلـــك شـــراء الطاقـــة الكهربائية، أو المياه المنتجة من محطات الطاقة أو المياه التى تنشئها شـــركة المشروع[٢].

وسعر شراء الخدمة هنا هو سعر اتفاقى، ومن ثم لا يجـــوز تعديلـــه بالزيادة أو بالنقص بإرادة الدولة المنفردة، لأن سعر الشراء هنا ليس تعريفـــة خدمة تقدم للجمهور، وإنما هو ثمن شراء خدمة من القطاع الخاص، وينـــص الاتفاق فى هذه الأحوال - عادة - على التزام الشخص المعنوى العام الـــذى يمثل الدولة بشراء حد أدنى من الخدمة المنتجـــة، ســـواء قـــامت الدولـــة باستخدامها، أم لا[٣].

---

(١) راجع:

UNIDo "B.O.T.", Guidlelines, Op. Cit., P. 15.

وأيضا:

Hoffman, Op. Cit., P. 344.

(٢) فعلى سبيل المثال - فإن توزيع الكهرباء فى مصر لا يزال حكرا علـــى الشـــركة القابضـــة لكهرباء مصر، وشركات التوزيع التابعة لها، ومن ثم فإن شركة المشـــروع يحظـــر عليـــها التوزيع وتقتصر على عملية إنتاج الكهرباء، فى هذه الحالة تقوم الشركة القابضـــة لكـــهرباء مصر أو أى شركة تابعة لها بإبرام اتفاق لشراء هذه الكهرباء المنتجة من المحطة التى تقـــوم ببنائها وتشغيلها شركة المشروع ٠٠٠٠ راجع: المستشار/ معـــتز كـــامل مرســـى: تقريـــر بخصوص تجربة الكهرباء، سابق الإشارة إليه، ص ١٠؛ وأيضا الدكتور/ هانى سرى الديـــن: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٩٧.

(٣) الدكتور/ هانى سرى الدين: النظام القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساســـية الممولـــة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٥٧، الدكتور/ أحمد رشاد سلام، سابق الإشارة إليـــه، ص ٢١١ وما بعدها.

اختلاف المقابل المالي فى عقود الـ "B.O.T." عن المقابل المالي فى عقود امتياز المرافق العامة :

يتخذ المقابل المالى فى عقد الامتياز صورة الرسم الذى يفرضه الملتزم على جمهور المنتفعين، وفقا للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة فى العقد، وهذا الرسم فى عقود الامتياز يعد شرطا من الشروط اللائحية التى يجوز لجهة الإدارة أن تعدلها أو تغيرها دون حاجة إلى موافقة الملتزم، على أن تراعى فى ذلك تحقيق المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق، فضلا عن ضرورة التزامها بما حدده المشرع من قواعد فى هذا الصدد.

ويجب ألا يتجاوز ما يحصل عليه الملتزم ١٠% من صافى أرباح المرفق، كما نصت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧.

على أن الأمر فى عقود الـ "B.O.T." ليس كذلك، فالمستثمر "شركة المشروع" هو الذى يتكفل ببناء المشروع وتشغيله خلال الفترة المتفق عليها فى العقد، ولابد أن يكون العائد فى مدة التشغيل كافيا لاسترداد ما أنفقه فى بناء المرفق، وتحقيق الأرباح التى يتوخاها(١)، ولذلك فإن الأمر فى عقود الـ "B.O.T." يختلف من ناحيتين:

الأولى: أن الرسم الذى تفرضه شركة المشروع مقابل تأدية الخدمة للمنتفعين فى عقد الـ "B.O.T." يحدد فى العقد المبرم بين الشخص المعنوى العام المتعاقد والشركة والذى هو عقد من عقود القانون الخاص. على الرأى الراجح، ويرى أنصار نظرية المرفق العام أن الرسم فى عقد الـ "B.O.T." يعد من الشروط التعاقدية التى تخضع للاتفاق بين شركة المشروع والجهة الإدارية مانحة الامتياز(٢)، ولذلك إذا رأت الجهة الإدارية أن الخدمة التى يقدمها المشروع عالية التكلفة، وإن سعرها لا يتناسب مع قدرة جمهور المنتفعين،

---

(١) الدكتوره/ جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٧١.

(٢) راجع فى ذلك الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، ص ١٥٦.

فإنه فى هذه الحالة تتدخل لشراء الخدمة من شركة المشروع، وإعادة بيعها مرة أخرى إلى جمهور المنتفعين، وهذا ما يحدث فى مجال إنشاء محطات الكهرباء بنظام "B.O.T." كما أسلفنا.

والثانية: أن الرسم فى عقد الـ "B.O.T." لا يخضع للقواعد التى ينص عليها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، وأهمها تلك التى تتعلق بتقييد حق الملتزم فى صافى أرباح المرفق بنسبة ١٠%، فالأصل فى عقود الـ "B.O.T." هو استئثار شركة المشروع بكل أرباح المشروع خلال الفترة المحددة للاستغلال، وهو أمر يتفق مع ضرورة توازن التزامات وحقوق الطرفين فى عقد الـ "B.O.T."، وقد حرص المشرع على النص على ذلك صراحة فى القوانين التى صدرت لتنظيم التعاقد وفقا لنظام الـ "B.O.T." مثل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦، بإنشاء هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول، والقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ فى شأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ بنظام المرافق العامة.

إذ حرص المشرع على النص على أن تبرم هذه العقود دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة[١].

---

(١) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٢٩، الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام، سابق الإشارة إليه، ص ٢١٤ هامش (١).

نخلص مما سبق أن حقوق شركة المشروع تتمثل فى الاستفادة من حوافز وضمانات الاستثمار التى يقررها القانون، والحصول على المقابل المالى للعقد، ومقابل هذه الحقوق فإن هناك التزامات تقع على عاتق الشركة، ونبحث هذه الالتزامات فى الفرع التالى.

الفرع الثانى

التزامات شركة المشروع

تمهيد وتقسيم :

تلتزم شركة المشروع بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها وفى المدة المحددة، ونقل التكنولوجيا اللازمة له كما تلتزم بتشغيل المشروع، وصيانته، ثم إعادة المشروع إلى الدولة المالكة له وفى سبيل ذلك تقوم بتقديم الضمانات اللازمة للتنفيذ، وللتسليم، ونبحث فيما يلى كل التزام من التزامات شركة المشروع، لذلك سوف نتناول فى هذا الفرع ما يلى:

أولا: الالتزام بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها فى المدة المحددة.

ثانيا: الالتزام بنقل التكنولوجيا.

ثالثا: الالتزام بتشغيل المشروع وصيانته.

رابعا: الالتزام بإعادة وتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة.

خامسا: الالتزام بتقديم ضمانات حسن التنفيذ والتعويضات الاتفاقية.

أولا : التزام شركة لمشروع بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها فى المدة المحددة :

يتمثل الالتزام الرئيسى لشركة المشروع فى تصميم المشروع، وإنشائه، وتوفير التمويل اللازم له، وفقا للشروط المتفق عليها مع الدولة المتعاقدة فى الوقت المحدد، وعلى ذلك فإن هذا الالتزام يشتمل على ثلاثة عناصر هى:

(أ) إنشاء المشروع وفقا للشروط المتفق عليها.

(ب) الالتزام بمدة المشروع.

(ج) مدى التزام شركة المشروع بالتنفيذ بنفسها.

وسنتحدث عن كل ذلك بشيء من التفصيل:

أ) الالتزام بإنشاء المشروع طبقا للشروط المتفق عليها :

والالتزام بإنشاء المشروع هو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يتم تصميم المشروع، وإنشائه، على النحو الذى يمكنه من تحقيق الأغراض التى أنشئ من أجلها، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة تقوم مسئولية شركة المشروع، ولا يكفى أن تثبت الشركة أنها قامت ببذل العناية الكافية[١].

ويشتمل هذا الالتزام على عدة عمليات تقوم شركة المشروع بتنفيذها لإنشاء المشروع، وسوف نورد فيما يلى أهم هذه العمليات:

١ – إعداد الدراسات الأولية :

وتشمل هذه الدراسات إعداد رسومات أبنية المشروع، وحصر ما يحتاجه من تجهيزات ومعدات، وقطع غيار، وعمل تقديرات لعدد العاملين اللازمين لتشغيل المشروع، ومن يتوافر منهم فى السوق المحلية، ومن يلزم استحضاره من الخارج[٢].

٢ – إقامة الأبنية والمنشآت :

ويجرى البناء طبقا للمواصفات والرسومات الملحقة بالعقد، وتعد شركة المشروع على نفقتها كل ما يلزم للبناء من معدات أو مواد، ويد عاملة، وتقوم بتزويد موقع العمل بالماء والطاقة، (مثل الكهرباء والغاز)،

---

(١) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانون، والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٥١، الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام، سابق الإشارة إليه، ص ٢١٩، الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، ص ١٤٥.

(٢) الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، ص ٣٨.

وقد يسند العقد للشخص العام الذى يمثل الدولة فى التعاقد القيام ببعض الأعمال كتوريد الوقود، والتعاقد مع شركات الكهرباء والماء، وتوريد بعض طوائف العاملين[١].

وشركة المشروع هى المسئولة عن الإشراف على سير العمل فى البناء، ويجب أن تعد الفنيين اللازمين للقيام بذلك، وينصرف معنى الإشراف إلى أمرين: إصدار التعليمات والتوجيهات، ومتابعة تنفيذها.

ويجيز العقد للدولة - عادة - إدخال تعديلات على رسومات البناء أثناء تنفيذها، كإضافة أجزاء جديدة إلى البناء، أو إلغاء أجزاء أخرى، ويحرص العقد على وضع حد لمثل هذه الطلبات، حتى لا تصل إلى تغيير الرسومات الأصلية تغييرا شاملا أو جوهريا، ومن أمثلة هذه الحدود اشتراط ألا تزيد قيمة التعديل على نسبة معينة من العمل (١٥%) مثلا.

وبالمثل يجوز لشركة المشروع إدخال تعديلات أو تغييرات على الرسومات الأصلية إذا تبين لها أثناء تنفيذها وجود أخطاء أو عيوب فنية فيها، وذلك لأن التزام الشركة ينصرف إلى إقامة مشروع صالح للغرض المبين فى العقد، وهى نتيجة يقتضى إحداثها مراعاة شيء من المرونة فى تنفيذ الرسم يتيح للشركة إدخال التعديلات عليه ليأتى المشروع فى نهاية الأمر صالحا للغرض المنشود[٢].

(٣) **تجهيز المشروع بالمعدات اللازمة لتشغيله** :

وتجرى هذه التجهيزات وفقا للقوائم الملحقة بالعقد والتى تشتمل على مواصفات الآلات والأجهزة المطلوبة، وقطع الغيار اللازمة لها.

---

(١) جاء فى البند التمهيدى لعقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، "... وفى إطار ما تقدم قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بطرح عملية إنشاء وإدارة وتشغيل المطار لفترة التزام محددة يتم بعدها إعادة المطار إلى الدولة، وفقا للشروط الواردة فى كراسة شروط العملية، ملحق (أ).

(٢) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٣٤٨، ٣٤٩.

ولا يقتصر التزام الشركة فى هذا الصدد على ما ذكر فى القوائم، وإنما يمتد إلى كل ما يلزم المشروع من آلات وأجهزة ليصير صالحا لإنتاج السلعة أو تقديم الخدمة المقصودة، لأن هذه النتيجة هى التى يتغياها العقد[١].

وقد جرى العمل على أن يقتصر دور الدولة المتعاقدة على تحديد المواصفات العامة والغاية النهائية المرجوة من المشروع، كطاقته، وكفاءته الفنية، على أن تترك كافة التفاصيل الأخرى لتحقيق هذه الغاية إلى شركة المشروع[٢]، ويحقق ذلك مزية أساسية للدولة المتعاقدة، إذ تنقل مخاطر التصميم إلى عاتق القطاع الخاص، دون أدنى مسئولية عليها[٣].

(ب) التزام شركة المشروع بمدة تنفيذ العقد :

نظرا لأن المشروع المتعاقد عليه بنظام "B.O.T." متعلق بتأدية خدمة عامة للجمهور، فإن الجهة الحكومية المتعاقدة تحرص على أن تضمن الاتفاق نصوصا تحدد مدة التنفيذ وموعد التشغيل التجارى للمشروع، وتلتزم شركة المشروع بالمدة المنصوص عليها فى العقد وبدء التشغيل، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة، فجيب أن تنجز الشركة العمل فى المدة المعقولة التى تسمح بإنجازه نظرا لطبيعته، ومقدار ما يقتضيه من دقة، وحسب مقدرة شركة المشروع وإمكانياتها، وتلتزم الشركة بسداد غرامات تأخير وتعويضات اتفاقية فى حالة التأخير عن إتمام المشروع فى الموعد المحدد[٤].

---

(١) الدكتور/ محسن شفيق: عقود تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص ٣٨ - ٤٠.

(٢) ومثال ذلك ما نص عليه البند ٣ من الفقرة (ب) من المادة الثالثة من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، "يلتزم المستثمر أن تكون الإنشاءات والتجهيزات وفقا للمعايير القياسية الدولية على نحو ما هو محدد بالملحق (أ)".

(٣) الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٥٣.

(٤) ومن أمثلة ذلك ما نص عليه عقد إنشاء محطة كهرباء (سيدى كرير)، سابق الإشارة إليه، "من تحمل المستثمر كافة المخاطر المتعلقة بتنفيذ المشروع فى الموعد المحدد، وبالشروط -

والالتزام بتنفيذ المشروع فى المدة المتفق عليها، أو فى المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية، وليس التزاما ببذل عناية، فلا يكفى لإعفاء الشركة من المسئولية عن التأخير أن تثبت أنها بذلت عناية الشخص المعتاد فى إنجاز العمل فى الميعاد، ولكنها لم تتمكن من ذلك، بل يجب عليها حتى تنفى مسئوليتها أن تثبت السبب الأجنبى، فإذا أثبتت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير، انتفت علاقة السببية، ولم تتحقق مسئوليتها ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مسبوقا بخطأ منها وإلا كانت مسئولة بقدر هذا الخطأ[١].

ولشركة المشروع الحق فى تمديد مدة الإنشاء إذا توافرت الأسباب التى تبرر ذلك، كالقوة القاهرة، أو صدور قرار، أو إعاقة من المتعاقد الآخر أو ظروف استثنائية تطرأ فى الموقع[٢].

= المتفق عليها، والتى من بينها تعرضه لدفع تعويض مالى يصل إلى ٨٠ ألف دولار عن كل يوم تأخير فى تنفيذ المشروع، أو أى يوم تعجز فيه الشركة عن توريد الطاقة ٠٠٠٠"، راجع المستشار/ معتز كامل مرسى، سابق الإشارة إليه، ص ٩.

أما فى القانون الإدارى المصرى، فالغرامة هى مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدما وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين خصوصا فيما يتعلق بالتأخير فى التنفيذ، وقد نصت على ذلك المادة ٨١ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، راجع فى ذلك: الدكتور/ محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٤٤٨، ٤٤٩.

[١] الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، ص ٩٦. الدكتور/ محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ٩٧، الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام، سابق الإشارة إليه، ص ٢٢٣.

[٢] ومثال ذلك ما ينص عليه البند ١/٤٤ من نموذج عقد الفيديك (الإصدار الرابع) "إذا حدث أن:

أ – قيمة أو طبيعة الأعمال الزائدة أو الإضافية،

ب – أى سبب للتأخير مشار إليه فى هذا العقد،

ج – التقلب الاستثنائى فى الأحوال المناخية، أو

د – أى تأخير أو تعطيل أو منع من جانب صاحب العمل، أو . =

(ج) مدى التزام شركة المشروع المتعاقدة بالتنفيذ بنفسها (التنازل عن العقد):

يقصد بالتنازل عن العقد التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته، واكتساب الحقوق الناشئة عن العقد[1].

ونظرا لأن شركة المشروع يتم اختيارها بعناية من قبل الدولة من بين العديد من الشركات المتقدمة للفوز بعقد المشروع، اعتمادا على اعتبارات ملائتها المالية وقدرتها الفنية والتكنولوجية، وسابقة أعمالها، فإن الدولة المتعاقدة تتوقع أن تقوم تلك الشركة بالتنفيذ بنفسها، لذلك - دائما - تتضمن عقود الـ "B.O.T." نصا يحظر على شركة المشروع التنازل عن كل أو جزء من العقد إلا بعد موافقة الجهة الحكومية المتعاقدة، لذلك من الصعب تصور إمكانية التنازل عن عقد الـ "B.O.T."،

ولكننا مع ذلك سنبحث مسألة التنازل عن العقد في القانون المدني، وفي القانون الإداري،

= هـ - أية ظروف خاصة أخرى، بخلاف تلك التي ترجع إلى إخلال المقاول، أو خرقه للعقد، أو تلك التي يكون مسئولا عنها، قد ترتب على منح المقاول عدالة الحق في امتداد وقت إتمام الأعمال أو إتمام أي قسم أو جزء منها، فللمهندس بعد التشاور المناسب مع صاحب العمل أن يقدر قدر هذا الامتداد، وأن يخطر المقاول بذلك، مع إرسال صورة إلى صاحب العمل"،

- راجع الدكتور/ محمد محمد بدران: عقود الإنشاءات في القانون المصري، سابق الإشارة إليه، ص ٤٤٤.

- ومثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٠ من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه:

"أ - للمستثمر الحق في طلب تمديد مدة الإنشاء في الحالات الآتية: ١ - بناء على قرار من المالك، ٢ - القوة القاهرة، ٣ - ظروف استثنائية يكتشفها المستثمر تطرأ في الموقع أو إعاقة من قبل المالك،

ب - على المستثمر أن يخطر المالك خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ وقوع الحدث المتسبب في التأخير بعزمه على التقدم بطلب لتمديد مدة التنفيذ، وكذلك على المستثمر أن يحتفظ بكل السجلات اللازمة لتبرير أي طلب يقدمه في هذا الصدد"

(1) الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين، سابق الإشارة إليه، ص ٥٦.

التنازل عن العقد فى القانون المدنى :

تطبيقا للقواعد العامة فى القانون المدنى يمكن أن يتخذ التنازل عن العقد إحدى صورتين:

الصورة الأولى: تتحقق بأن تتنازل شركة المشروع عن عائد التشغيل "رسم أو ثمن الخدمة" لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق، وتجرى فى شأنها أحكام حوالة الحق، باتفاق بين الشركة وهى "المحيل" والشخص الثالث، وهو "المحال له"، ويكفى لسريانها فى حق الشخص العام المتعاقد إعلانه بالحوالة طبقا لنص المادة ٣٠٥ مدنى. وتلجأ شركة المشروع - عادة - إلى حوالة عائد الاستغلال بسبب احتياجها لتمويل المشروع، فتتنزل عن حقها فى عائد التشغيل، وقد يكون ذلك على سبيل الرهن للحصول على المال اللازم من أحد المصارف أو أحد الممولين، وفى هذه الحالة يكون المحال له هو الدائن بناتج الاستغلال أو بثمن الخدمة (فى مكان شركة المشروع)، ويجوز للشخص العام المتعاقد التمسك قبله بجميع الدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل شركة المشروع وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة وذلك طبقا لأحكام حوالة الحق المنصوص عليها فى المادة ٣١٢ مدنى[1].

الصورة الثانية: تتحقق بأن تتنازل شركة المشروع للغير عن جميع عقد الـ "B.O.T."، بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، فتحل الشركة المتنازل لها، محل الشركة المتنازلة فى عقد الـ "B.O.T."، وتصبح الشركة الأولى هى شركة المشروع تجاه المتعاقد الآخر، ويجب فى هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق الشركة الأصلية، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماتها، فيتم التنازل عن العقد بين الشركة المتنازلة، والشركة المتنازل لها،

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، ص ٢٦٠.

ويجب إقرار الشخص العام المتعاقد حتى يصبح التنازل ساريا فى حقه، وفقا للقواعد المقررة فى حوالة الدين المنصوص عليها فى المادة ٣١٦ مدنى .

وإذا تم التنازل عن العقد على هذا الوجه، أصبحت الشركة المتنازل لها هى المدينة بجميع التزامات شركة المشروع نحو المتعاقد الآخر، وهى الدائنة بجميع حقوق شركة لمشروع، وتختفى الشركة المتنازلة، ولا يعود لها شأن فى عقد المشروع الذى انتقل بجميع ما يترتب عليه من آثار إلى الشركة المتنازل لها .

وتختلف قواعد التنازل عن العقد فى القانون المدنى عن تلك القواعد فى القانون الإدارى .

التنازل عن العقد فى القانون الإدارى :

بالنظر إلى صلة العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة تراعى اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها، سواء من حيث الكفاية المالية، أو المقدرة الفنية، أو حسن السمعة، أو الجنسية ... الخ، ومن ثم فإن الاعتبار الشخصى فى العقود الإدارية يوضع فى المقام الأول سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد، أو تنفيذ العقد .

وفيما يتعلق بالتنفيذ، فالقاعدة المسلم بها فى هذا الخصوص أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله فى تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية، أو بعضها، إلا بموافقة الإدارة مقدما[١]، فإن لم توافق الإدارة لا يمكن الاحتجاج فى مواجهتها بالتنازل أو التعاقد من الباطن .

وقد أتيح لمحكمة القضاء الإدارى أن تبرز هذه القاعدة فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧، فبعد أن أكدت المحكمة مبدأ شخصية

---

(١) الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ٤٤٠. الدكتور محمد محمد بدران: عقود الإنشاءات فى القانون المصرى، ص ٤٥٦. الدكتور/ بكر القبانى، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٧.

التزامات المتعاقد مع الإدارة استطردت قائلة "٠٠٠٠ فلا يجوز أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد فى شأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإدارى بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام"[١].

ولكن يجب التمييز بين التنازل عن العقد كليا أو جزئيا، وبين الاتفاقات التى قد يبرمها المتعاقد بقصد تسهيل مهمته فى تنفيذ المتعاقد به، سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المالية أو المعونة الفنية، ٠٠٠، فهذا النوع الثانى من التعاقد جائز كقاعدة عامة تأسيسا على حرية المتعاقد فى اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته، ولا يحد من هذا المبدأ إلا ما قد يرد فى العقد صراحة من ضرورة الحصول على أصناف معينة من شركات معينة[٢].

هذه هى قواعد التنازل عن العقد فى العقود الإدارية، فهل تطبق هذه القواعد على عقود الـ "B.O.T." بمعنى هل تلتزم شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها بصفة شخصية، أم يجوز لها التعاقد مع شركة أخرى لتتولى القيام بتنفيذ التزاماتها؟

نوضح فى البداية أنه إذا احتوى العقد على نصوص اتفاقية تعالج هذه المسألة، فإنها تكون واجبة التطبيق٠ أما إذا خلا العقد من مثل هذه النصوص، فإن هذا التساؤل يبحث عن إجابة٠

ويرى البعض[٣] - بحق - أن شركة المشروع يجب أن تلتزم بتنفيذ الالتزام شخصيا، وذلك لأن اختيار المتعاقد فى عقد الـ "B.O.T." يتم وفقا لإجراءات خاصة، فعلى سبيل المثال تنص المادة الأولى من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول على أن: "٠٠٠٠ يتم اختيار المتعاقد فى إطار

---

(١) محكمة القضاء الإدارى القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق، جلسة ٢٧ يناير ١٩٥٧، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإدارى، ص ١٧٤، رقم ١١٦.

(٢) الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، ص ٤٤١، ٤٤٢.

(٣) الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، ص ١٣٣.

من المنافسة العلانية"، ولا شك فى أن الإجراءات الكثيرة والمعقدة التى تنتهى إلى اختيار المتعاقد (شركة المشروع)، فى عقود الـ "B.O.T."، لابد أن تأخذ فى الاعتبار قدرة هذا المتعاقد على تنفيذ العقد وفقا للشروط والقيود التى يتضمنها العقد"[١].

أما فى الواقع العملى، فتنص عقود الـ "B.O.T." - عادة - على عدم جواز تنازل شركة المشروع عن الحقوق والالتزامات الواردة فى العقد إلا بعد الحصول على موافقة الشخص العام المتعاقد - كتابة - وبعد موافقة الجهة صاحبة قرار منح الامتياز على التنازل. أما التعاقد من الباطن فتكتفى العقود - عادة - فيه على اشتراط موافقة الشخص العام المتعاقد[٢].

هذا عن التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع، على أن هذا الالتزام يشمل التزاما آخر ينبغى بحثه فيما يلى وهو الالتزام بنقل التكنولوجيا.

ثانيا : التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا :

تتضمن الكثير من عقود الـ "B.O.T." قواعد خاصة بنقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، على أساس دفع مقابل استخدام هذه التكنولوجيا خارج مناطق ابتكارها، خاصة مع قيام الثورة الحديثة فى مجال تكنولوجيا مشروعات التنمية.

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور/ أحمد السعيد الزقرد، سابق الإشارة إليه، ص ١٧.

(٢) ومثال ذلك ما نصت عليه المادتان ٥، ٦ من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، حيث تنص المادة ٥ على أن لا يجوز للمستثمر التنازل عن أى من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا الاتفاق إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة، وبعد موافقة مجلس الوزراء، واعتبارا من تاريخ هذه الموافقة، ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم التحويل إلا إذا استوفى المستثمر شروطا معينة وعلى المستثمر أن يفى بهذه الشروط.

بينما تنص المادة ٦ على أن "للمستثمر بعد الحصول على موافقة المالك كتابة، التعاقد مع من يختاره من مقاولى الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الإنشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المطار على نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصدق عليه من المالك . . .".

ولفظ التكنولوجيا ينصرف إلى مجموعة معلومات تتعلق بطريقة مبتكرة لتطبيق نظرية علمية، أو اختراع، ومن الناحية القانونية تعتبر المعلومات التى يتركب منها عقد نقل التكنولوجيا مالا معنويا يطلق عليه فى الاصطلاح الدارج "حق المعرفة"(١).

والالتزام بنقل التكنولوجيا يحقق مصلحة لكل من طرفى العقد، فشركة المشروع لها مصلحة جدية فى نقل التكنولوجيا الحديثة التى تسهل لها إدارة المشروع، مما يساعد على تحصيل أكبر قدر من العوائد والأرباح، حيث أن هذه التكنولوجيا تقلل الاعتماد على الأيدى العاملة، كما أنها تساعد على تقديم خدمة جيدة، كما أن الدولة المتعاقدة لها أيضا مصلحتها فى الحصول على تكنولوجيا جديدة تساعدها فى تحقيق التنمية الاقتصادية(٢).

والتزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا يخضع كقاعدة عامة للأحكام المنصوص عليها فى القانون التجارى المصرى، والقيود الواردة به، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٢ منه على أن تسرى أحكام نقل التكنولوجيا الواردة بقانون التجارة المصرى على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم سواء جاء فى عقد مستقل، أو كان ضمن عقد آخر ٠ ومن ثم فإذا جاء

---

(١) الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم المفتاح، ص ٣٥، الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣٢، الدكتور/ يوسف عبد الهادى الأكيابى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٢.

وانظر أيضا:

UNIDO, "B.O.T.", GUIDELINES, P. 75.

وأيضا:

CF Jean Schapira: Les contrats de Transfert Technologiques clunet, 1978, P. 21.

(٢) فى المزايا التى تتحقق لمستورد التكنولوجيا انظر بالتفصيل:

Bouhacen, M., Droit international de la coopcration industrielle (1982). Kokkini – Tatridou P., & Warrt. P., "Sicnce and Technology for development. Individual property and public interest" in De Waard. P., Peters. P. & Denters. E., (Eds). International Law Development (1998). PP. 123 FF.

الاتفاق على نقل التكنولوجيا فى إطار عقد الـ "B.O.T."، فإن هذا الالتزام يخضع لأحكام القانون التجارى المصرى[١].

وطبقا للقواعد العامة الواردة فى القانون التجارى المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، تلتزم شركة المشروع فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا بالالتزامات الآتية:

أولا: تلتزم شركة المشروع بأن تكشف للدولة المتعاقدة، فى العقد أو ملاحقه عما يلى :

(أ) أية أخطار قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا سواء فى البيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وتلتزم الشركة كذلك بأن تطلع الدولة على ما تعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار[٢].

(ب) الأسباب أو العقبات التى قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لا سيما ما يتعلق منها ببراءة الاختراع.

ثانيا: تلتزم شركة المشروع بأن تقدم للجهة الحكومية المتعاقدة جميع البيانات والمعلومات والوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا

---

[١] وتعرف المادة ٧٣ من التقنين التجارى الجديد عقد نقل التكنولوجيا بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها بطريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها، أو لتركيب أو تطوير أو تشغيل أجهزة وآلات أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء، أو تأجير أو استئجار السلعة، كما لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا بيعا لعلامة تجارية، أو أسماء تجارية أو ترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا، أو كان مرتبطا به، ويعد أى اتفاق بمثابة اتفاق لنقل التكنولوجيا طالما استوفى المعايير الواردة بهذه المادة، بغض النظر عما إذا كان اتفاق نقل التكنولوجيا قد ورد فى عقد مستقل، أو ضمن بنود اتفاق آخر كعقد تسليم مفتاح".

[٢] الدكتورة/ سميحة القليوبى: شرح قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - العقود التجارية، وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ص ٣١٦ وما بعدها.

المستخدمـــة، وكذلك ما تطلبه الجهة الحكومية من خدمـــات لازمـة لتشغيل التكنولوجيا، وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب[١].

ثالثا: تضمن شركة المشروع مطابقة التكنولوجيا والوثـائق المرتبطـة بـها للشروط المبينـة فى العقد، ومستنداته، كما تضمن إنتـاج الخدمـات المتفق عليها، بالمواصفات المبينة فى العقد، مالم يتفـق علـى غـير ذلك[٢].

ثالثا : التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع وصيانته :

بعـد الانتهاء من تنفيذ المشروع يقع على عاتق شـركة المشـروع التزام بتشغيل المشروع، وصيانته.

التزام الشركة بتشغيل المشروع :

والالتزام بتشغيل المشروع يمثل أهمية لكـل مـن طرفـى العقـد، فالتشغيل جوهر العقد بالنسبة لشركة المشروع، إذ أن هذا التشغيل هو الـذى يكفل لها استرداد ما أنفقته على بناء المشروع وتجهيزاته مع الأرباح، ومـن ناحية أخرى فإن التشغيل له أهمية قصوى بالنسبة للدولـة المتعـاقدة، إذ أن الخدمة الناتجة عن هذا التشغيل هى ما تتوخاه تلك الجهة من العقد، كمـا أن كيفية هذا التشغيل تؤثر على تنفيذ شركة المشروع لالتزامهـا[٣].

---

(١) لمزيد من التفاصيل انظر: الدكتور/ جلال أحمد خليل: النظام القانونى لحماية الاختراعـات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الكويت، ١٩٨٣، ص ٤٠٢، الدكتور/ صلاح الدين جمـال الدين: عقد نقل التكنولوجيا، دراسة فى إطار القانون الدولى الخـاص، والقـانون التجـارى الدولى، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ص ٩٤.

(٢) راجع فى تفاصيل ذلك: الدكتور/ هانى صلاح سرى الديـن: النظـام القـانونى والتعـاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٣٤٩ ـ ٣٥٢.

(٣) الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، ص ١٤٥.

وتلتزم شركة المشروع بإدارة وتشغيل وصيانة المشروع وفقا للقواعد والشروط التى تم الاتفاق عليها فى العقد[١].

ومن حق الدولة المتعاقدة، وكذلك من حق الدائنين التأكد من أن عملية التشغيل والصيانة تتم وفقا للمعايير المتفق عليها[٢]، وعادة ما يتضمن الاتفاق جداول ومواصفات للتشغيل، ومن ذلك - على سبيل المثال - القواعد المتعلقة بتقارير التشغيل وأسس تحديد موعد الصيانة.

كذلك تلتزم شركة المشروع بالمواصفات الفنية للتشغيل، وجميع القوانين واللوائح السارية، وجميع القواعد الهندسية السليمة، والممارسات الحريصة للمشروعات المماثلة، كما تلتزم بتعيين عاملين مؤهلين للإدارة والإشراف، وتلتزم شركة المشروع بمراعاة قواعد الأمان عند التشغيل[٣].

التزام شركة المشروع بصيانة المشروع :

تبدى أهمية صيانة المشروع فى أن شركة المشروع تلتزم فى نهاية المدة المحددة للتشغيل بنقل ملكية المشروع إلى المتعاقد الآخر بحالة جيدة، وقدرة شركة المشروع على تنفيذ هذا الالتزام ترتبط ارتباطا وثيقا بإجراء الصيانة الدورية على المشروع. حتى يظل بحالة جيدة[٤].

---

(١) على سبيل المثال، فقد نصت الفقرة (ج) من المادة ٣ من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، على أن "٢٠٠٠٠ ٢ - يلتزم المستثمر بإدارة واستغلال المطار لفترة ٤٠ سنة تدخل فيها فترة الإنشاء وفقا للقواعد والشروط التى تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢١).
٢- يلتزم المستثمر أن تكون نظم إدارة تشغيل المطار وفقا للمعايير القياسية الدولية، على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٧).

(٢) انظر:

UNIDO – B.O.T. GUDELINES, Op. Cit., P. 26.

(٣) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٥٢، الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام، سابق الإشارة إليه، ص ٢٢٠.

(٤) الأستاذ/ خالد بن محمد العطية، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٢.

ويجب أن يحدد العقد مواعيد الصيانة، ودور الشخص المعنوى العام المتعاقد فى التحقق من تنفيذ هذا الالتزام بصورة جدية، وذلك لأن لها مصلحة فى ذلك، تتمثل فى ضرورة أن تنتقل إليها ملكية المرفق بحالة جيدة[١].

وإذا لم ينص العقد على ذلك فإن التزام شركة المشروع بتنفيذ هذا الالتزام يكون وفقا للعرف، ولما يجرى عليه العمل[٢].

ويتصل بالالتزام بالصيانة التزام المشغل بتطوير معدات وآلات المشروع للمحافظة على كفائته. فهناك مشروعات تستلزم فى كل الأحوال تطويرا دائما للمعدات والآلات، مثل محطات الكهرباء، والمطارات، والطرق[٣].

التزام شركة المشروع بتدريب العاملين:

وقد ينص العقد على التزام شركة المشروع، وعلى نفقتها، بتدريب الموظفين، والعاملين بالدولة فيما يتعلق بالمشروع محل التعاقد، ويجب البدء فى برامج التدريب فى موعد مناسب يمكن الشخص العام المتعاقد من تشغيل المشروع بالكفاءة اللازمة عند تسليمه إليها. وموضوع التدريب هو تزويد العاملين التابعين للدولة المتعاقدة بالثقافة الفنية، النظرية، والعملية اللازمة للقيام بالعمل، محل التدريب[٤].

---

(١) انظر فى ذلك:

UNIDO, "B.O.T.", GUIDELINES, P. 263.

(٢) الدكتور/ جابر نصار: عقود ألـ "B.O.T."، ص ١٥١.

(٣) الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية المعولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٣٨٦.

(٤) الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T."، ص ١٥٠، ١٥١.

رابعا : التزام شركة المشروع بإعادة وتسليم المشروع إلى مالكه الأصلى :

بعد الفترة المحددة للتشغيل والاستغلال تلتزم شركة المشروع بإعادة وتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة[١].

ومـؤدى ذلك هو التزام شركة المشروع، فى نهاية المدة المحددة فى العقد للتشغيل والاستغلال بنقل جميع مالها من حقوق ملكية فى الأصول بما فـى ذلك الأجهزة والمعدات، وقطع الغيار، والسيارات المستخدمة فى تشغيل المشروع إلى الدولة المتعاقدة[٢].

والقـاعدة أن المشـروع يجب أن يكون قد تم تصميمه وفقا لدراسة الجـدوى الاقتصادية له على أساس تمكن شركة المشروع من تعويض ديون مشـروعهم، وتحقيق الربح المتوقع خلال مدة الاستغلال، وذلك حتى يتم نقل المشـروع إلى الدولة دون أى تعـويض، أو مقابل تعويض رمزى، حسب العقـد المـبرم، لذلك يجب أن تكون جميـع أصول المشروع خالية من أية رهون أو أعباء وقت إعادة المشروع[٣].

ويرتـبـط بهـذا الالـتزام، التزام شركة المشروع بتسليم الشخص المعـنوى العام المتعاقد كافة المستندات والوثائق اللازمة لتشغيل المشروع، كما تلتزم شركة المشروع بالتعاون والتوقيع على أية مستندات لازمة لإتمام عملـية نقل الملكية، وتلتزم الشركة كذلك بتسليم الشخص العام المتعاقد معها الرسوم والتصميمات والسجلات، والمعلومات الخاصة بتشغيل المشروع[٤].

---

[١] الدكـتور/ محمـد محمد بـدران: التنظيم القانونـى لمشروعات البوت، سابق الإشارة إليه، ص ١٥.

[٢] الدكـتور/ هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية، ص ٨٦.

[٣] الأستاذ/ خالد بن محمد العطية، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٧.

[٤] تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى – الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك ٢٨ مـايو – ١٤ يونـيو ١٩٩٦، بعنوان "الأعمال المقبلة المملكنة – مشارع البناء والتشغيل ونقل الملكية. ACCN. 9/525. 19 April 1997 – ARABIC. ، ص ٢٢.

وتتم إعادة المشروع بعد التأكد من أن المشروع بكافة أصوله في حالة جيدة من التشغيل[1]، الأمر الذى يستلزم متابعة الجهة الحكومية المتعاقدة صيانة المشروع أثناء فترة الاستغلال، والتأكد من إتمام نقل التكنولوجيا المتفق عليها، وتدريب العمالة الوطنية على استخدامها، حتى يتيسر لها تشغيل المشروع بعد استلامه[2].

ومن بين المسائل التى يتم الاتفاق عليها فى هذا الصدد تحديد حالة المشروع عند إعادته إلى الدولة المتعاقدة، ولكن للطرفين أن يتفقا على تحديد مكتب خبرة لتحليل، وإعداد تقرر عن الحالة الفنية للمشروع[3].

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت قايد: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، ص ٩٤، ٩٥.

(٢) نصت الفقرة الخامسة من المادة السادسة من عقد إنشاء وتشغيل وصيانة، وإعادة محطة سيدى كرير البخارية لتوليد الكهرباء، سابق الإشارة إليه، على أن "... أ - يجب أن يكون مجمع المحطة فى تاريخ نقل الملكية فى مظهر يتفق مع الممارسات الحريصة للمرفق، وتقدم الشركة للهيئة فى تاريخ نقل الملكية ملخصا مكتوبا بحالة المجمع، يشمل قائمة بأى أوضاع يمكن أن تمس سلامة تشغيل المجمع أو تعطل الحد الأقصى للقوة المنتجة للمشروع، وتضمن الشركة عدم وجود أى ظروف أخرى لديها يمكن أن تمس سلامة تشغيل المجمع".

وتنص الفقرة (د) من المادة الثالثة من عقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين، سابق الإشارة إليه، على أن "...٢ - يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات، وقطع الغيار، والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك، دون مقابل، وبحالة جيدة، صالحة للاستخدام والتشغيل بما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دوليا، وذلك وفقا للإجراءات التى تم تحديدها والاتفاق عليها".

(٣) الدكتور/ محمد محمد بدران: النظام القانونى لمشروعات البوت، ص ١١.

وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة السادسة من عقد إنشاء وتشغيل وإعادة محطة كهرباء (سيدى كرير) لتوليد الكهرباء على أن : "... ب- وقبل تاريخ نقل الملكية بشهرين تجرى الشركة اختبارات نقل الملكية، فإذا كان صافى القدرة الإنتاجية المنجزة أقل من القدرة الإنتاجية الصناعية القابلة للتحويل المحددة فى الملحق (٥) عندئذ تدفع الشركة للهيئة تعويضا اتفاقيا قيمته ٦٠٠ دولار عن كل كيلوات مضروبا فى الفرق بين القدرة الإنتاجية الصافية القابلة للتحويل، وصافى القدرة الإنتاجية المختبرة".

خامسا : التزام شركة المشروع بتقديم ضمانات حسن التنفيذ والتعويضات الاتفاقية :

أ - ضمانات حسن التنفيذ :

ينص الاتفاق - عادة - على التزام شركة المشروع بتقديم خطابات ضمان غير مشروطة لضمان تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها الخاصة بتصميم وإنشاء المشروع، من ناحية، والتزامها بنقل أصول المشروع إلى الدولة فى نهاية المدة المحددة للتشغيل والاستغلال، وفقا للشروط المتفق عليها، من ناحية أخرى، وعادة يظل خطاب الضمان غير المشروط الخاص بضمان التصميم والإنشاء ساريا حتى إتمام أعمال التصميم والبدء فى التشغيل التجارى للمشروع.

ويشكل خطاب الضمان - عادة - نسبة مئوية من قيمة التكاليف الإجمالية للمشروع (٥%) مثلا، ويهدف إلى ضمان تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها بتسليم أصول المشروع بالشروط المتفق عليها، ويظل هذا الضمان ساريا لمدة تتراوح بين ثلاثة شهور، وعام من تاريخ التسليم الفعلى[١].

وفى الأحوال التى تقوم فيها الدولة المتعاقدة بشراء الخدمة من شركة المشروع فإنها قد تلجأ بدلا من اشتراط تقديم خطاب ضمان بتسليم المرفق إلى اقتطاع جزء من قيمة شراء الخدمة بما يعادل قيمة خطاب الضمان فى حالة الضرورة[٢].

---

[١] انظر فى ذلك: الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، سابق الإشارة إليه، ص ٦٥ وما بعدها. الدكتور/ محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات فى القانون المصرى، ص ٤٥٠ وما بعدها.

[٢] ومثال ذلك ما نص عليه عقد إنشاء وتشغيل وإعادة محطة كهرباء (سيدى كرير)، من أنه تحتجز الهيئة طول الثلاث سنوات الأخيرة من مدة الاتفاق نسبة ١٠% من مقابل شراء -

ب - التعويضات الاتفاقية المستحقة للدولة المتعاقدة :

لا يكاد يخلو عقد من عقود الـ "B.O.T." من النص على التزام شركة المشروع بسداد تعويضات اتفاقية للدولة المتعاقدة، وتهدف هذه التعويضات الاتفاقية - بصفة عامة - إلى تعويض الدولة المتعاقدة عن أمرين أساسيين: الأول: إخلال شركة لمشروع بإتمام الأعمال، وتجهيز المشروع للتشغيل التجارى فى الموعد المحدد[١]. والثانى: تعويض الجهة الحكومية عن أية أضرار تنشأ نتيجة إخلال شركة المشروع بالتزامها بالتشغيل والصيانة وفقا للشروط المتفق عليها، كأن يتوقف المشروع عن التشغيل لفترات غير تلك المتعلقة بالصيانة الدورية أو لانخفاض فى القدرة الإنتاجية للمشروع، أو حدوث انخفاض فى كفاءته الفنية.

= الخدمة الشهرى المستحق لشركة المشروع، طبقا للبند (٧) من الاتفاق، وتنشئ الهيئة من هذه المبالغ المستقطعة رصيدا يسمى "رصيد مدفوعات نقل الملكية"، ويكون هذا الرصيد هو المصدر الأول الذى يتم اللجوء إليه لدفع أية مبالغ تكون مستحقة للهيئة نتيجة إخلال شركة المشروع بالتزاماتها بالحالة التى يكون عليها المرفق عند نقل الملكية، وفقا للبند الخامس من هذا الاتفاق".

[١] وغالبا ما تنص العقود على مبالغ ضخمة قد تصل إلى عشرات الآلاف من الدولارات عن اليوم الواحد، وغالبا ما ينص الاتفاق على أنه إذا تجاوز التأخير فترة معينة (ستة أشهر مثلا) يكون للدولة المتعاقدة - فى هذه الأحوال - إنهاء الاتفاق، وذلك مالم يكن التأخير راجعا إلى تقصير الجهة الإدارية المتعاقدة أو بسبب أجنبى أو قوة قاهرة.

راجع: الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٥٦.

المطلب الثالث

جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

بحثنا فى المطلبين السابقين حقوق والتزامات طرفى العقد، ورأينا أن كل حقّ لطرف من الطرفين يقابله التزام على الطرف الآخر، لابد أن يقوم به، وبذلك تتكامل منظومة العقد، ولإجبار كل طرف على القيام بالتزاماته - على الوجه الأكمل - لابد أن يكون هناك جزاء يوقع عند الإخلال بهذه الالتزامات، والجزاء المقرر، إما أن يكون تنفيذ العقد عينيا فإذا استحال ذلك، أمكن فسخ العقد، وتنعقد مسئولية المدين عن الإخلال بالعقد٠

وعلى ذلك نناقش فى هذا المطلب مدى إمكانية التنفيذ العينى والفسخ كجزائين للإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الـ "B.O.T."، كما نناقش المسئولية العقدية الناشئة عن عقد الـ "B.O.T." وذلك من خلال فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول: مدى إمكانية التنفيذ العينى والفسخ كجزاءين للإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الـ "B.O.T."٠

الفرع الثانى: المسئولية العقدية عن عقد الـ "B.O.T."٠

الفرع الأول

مدى إمكانية التنفيذ العينى والفسخ

كجزاءين للإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد

أولا : **التنفيذ العينى** :

إذا أخل الشخص المعنوى العام المتعاقد بالتزامه بتمكين شركة المشروع من إنجاز المشروع كأن يمتنع عن تقديم الأرض التى سيقام عليها المشروع، أو استخراج تصاريح أو تراخيص لازمة للبدء فى المشروع يكون ملزما بها بمقتضى العقد، أو أخل بالتزامه بتمكين شركة المشروع

من استغـــلال المشروع، فهل يجوز اللجوء إلى القضاء لإجباره على تنفيذ ما التزم به عينا؟

نعتقد أن الإجبار على التنفيذ العينى ممكنا فى هذه الحالـــة إذا كـــان التنفيذ العينى - فى حد ذاته ممكنا - وذلك لأن الأصل أن يوفى كل متعـــاقد بالتزاماته مختارا، دون مساس بحريته الشخصية ودون إعنات له طبقا لنـص المادتين (١٩٩، ٢٠٣ مدنى)[١]، حيث تنص الفقرة الأولى من المـــادة ١٩٩ على أن: "ينفذ الالتزام جبرا على المدين، وتنص الفقرة الأولى مـــن المـــادة ٢٠٣ على: "أن يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا"•

ويشترط لإجبار الشخص العام المتعاقد على التنفيذ العينى أن يكـــون هذا التنفيذ ممكنا، أما إذا كان إجـــراء التنفيذ عينا يقتضى تدخـــل الشـــخص العام المدين بالتنفيذ - شخصيا - ويأبى ذلك، فإن التنفيذ العينى يكون غـــير ممكن، ويرجع إمكان التنفيذ إلى طبيعة الالتزام ومداه، والوســـائل الماديـــة اللازمة لهذا التنفيذ، كما لا يعد التنفيذ ممكنا إذا كان ذلك يرجع إلـــى ميعـــاد تنفيذ الالتزام، فيعد التنفيذ العينى غير ممكن - حكما - بفوات الميعاد الـــذى كان يجب أن يجرى فيه تنفيذ الالتزام[٢] - فإذا كان التنفيذ العينى غير ممكـن فليس أمام شركة المشروع إلا طلب الفسخ والتعويض•

كذلك الحال بالنسبة لشركة المشروع إذا أخلت بالتزاماتـــها الســـابق توضيحها، وأهمها التزامها بإنجاز المشروع بالمواصفات المتفق عليها، فـــى

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، نظرية الالتزام، بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربيـــة، ١٩٨١، ص ٨٨٩؛ الدكتـــور/ ســـليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى، الجزء الثانى، فى الالتزامات، المجلد الأول، بـــدون ناشر، ١٩٨٧، ص ٥٣٩.

(٢) القضية التحكيمية رقم ١٣٨ لسنة ١٩٩٩، صادرة عن مركـــز القـــاهرة الإقليمـــى للتحكـــم التجارى الدولى، فى ١٢ أبريل ٢٠٠٠، منشورة بمجلة التحكيم العربى، الصادرة من الأمانـــة العامة للاتحاد العربى للتحكيم الدولى، العدد الثالث، أكتوبر سنة ٢٠٠٠، ص ٢٠٨.

المدة المحددة، والتزاميا بتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة معها بعد انتهاء المدة المحددة للاستغلال، فإنه يمكن إجبارها على التنفيذ العينى، متى كان هذا التنفيذ العينى – فى حد ذاته – ممكنا.

فإذا أخلت شركة المشروع بالتزامها بإنجار العمل – على التفصيل السالف بيانه – فخالفت مثلا الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو أظهرت قصورا فى كفايتها الفنية، أو أساءت اختيار المواد التى تستخدمها فى العمل، أو نزلت عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامها، فإنه يمكن – فى هذه الحالة – للشخص المعنوى العام المتعاقد معها، أن يطلب التنفيذ العينى، إذا كان ذلك ممكنا، وإما أن يطلب الفسخ مع التعويض فى الحالتين، إن كان له مقتضى. ويجب أن يعذر الشخص العام شركة المشروع، كما تقضى بذلك القواعد العامة[١].

أما إذا لم يكن العمل المطلوب إنجازه قد روعيت فيه اعتبارات تتعلق بشركة المشروع وإمكانياتها، كإقامة بناء أو تصميم طريق أو جسر ...، جاز للشخص العام المتعاقد أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام بواسطة شركة أخرى على نفقة الشركة الأولى، إذا كان التنفيذ ممكنا[٢].

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، ص ٩٨؛ الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٥٤٥؛ الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٨١.

وقضت محكمة النقض بأن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، ولا يصار إلى عوضه، أى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العينى، فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدعى تنفيذ التزامه عينا – متى كان ذلك ممكنا – فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض، لأن التعويض ليس التزاما تخييريا. نقض مدنى الطعن رقم ٣٦٤ س ٤٦ ق، جلسة ١٩٧٩/٦/٢، مشار إليه لدى الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٨١.

(٢) ويجوز ذلك أيضا إذا اتفق الطرفان على أنه فى حالة تأخر شركة المشروع، يكون للشخص العام المتعاقد سحب العملية منها، وإتمامها بواسطة شركة أخرى على حساب الشركة الأولى، وقريب من ذلك قضاء محكمة النقض المصرية بأنه: "متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها المقاول الطاعن بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته =

جزاء التنفيذ المعيب :

إن الشخص المعنوى طرف التعاقد من حقه أن يتعهد العمل وهو فى يد شركة المشروع، ليراقب ما إذا كان يجرى طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن شركة المشروع تنفذ العمل طبقا للأصول المتعارف عليها فى مجال المشروع٠ فإذا لاحظ أن شركة المشروع وهى تقيم المشروع قد أخلت ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها، فإن له - فى هذه الحالة - حق التدخل لمنع شركة المشروع من المضى فى عملها المعيب والمنافى لشروط العقد، وهنا يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون إصلاح ما فى طريقه التنفيذ من عيب مستحيلا، فلا سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم المشروع كله٠ وفى هذا الفرض يكون للشخص المعنوى الحق - من البداية - فى طلب فسخ العقد لمخالفة شركة المشروع للشروط٠

الفرض الثانى: أن يكون إصلاح ما فى طريقة التنفيذ من عيب ممكنا، فى هذه الحالة يجب على الشخص المعنوى العام أن يبدأ بإنذار شركة المشروع بإصلاح طريقة التنفيذ، وليس له أن يبادر إلى طلب الفسخ

= وآلاته بعد سحب العملية منه قد أقام قضاءه على أن المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر فى تنفيذ ما التزم به، رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل فى الميعاد المتفق عليه، ورغم إمهاله فى ذلك مرارا ٠٠٠٠ وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص فى بند منه على أنه فى حالة سحب العملية يكون للمطعون عليه الحق فى حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التى استحضرها الطاعن واستعملها فى إتمام العمل دون أن يكون مسئولا عن دفع أى أجر عنها، فإن الطعن على الحكم بمخالفة قانون العقد، والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس"، (نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٥١، مجموعة أحكام النقض، ٢، رقم ١٠٧، ص ٦٤٢)٠

انظر أيضا القضية التحكيمية رقم ١٣٨ لسنة ١٩٩٩، جلسة ١٢ أبريل ٢٠٠٠، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، مجلة التحكيم العربى، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٢٠٨.

ما دام أن العيب يمكن إصلاحه[١]. ولا يشترط في الإنذار شكل خاص. فقد يكون بإنذار على يد محضر، وقد يكفى التنبيه الشفهى. ويحدد الشخص المعنوى العام المتعاقد لشركة المشروع أجلا معقولا تصلح فيه العيب، فإذا انصاعت الشركة وأصلحت العيب في الأجل المحدد، فإن لها أن تمضى فى العمل على الوجه الصحيح، أما إذا نازعت الشركة وادعت أن العمل غير معيب، أو سلمت بالعيب لكنها لم تصلحه فى الأجل المحدد، فإن للشخص المعنوى العام فى الحالتين أن يرفع الأمر إلى القضاء، دون أن ينتظر إنجاز العمل على وجه معيب، أو مناف للعقد، ويطلب التنفيذ العينى، أو فسخ العقد طبقا للقواعد العامة[٢].

ولكننا نعتقد بصعوبة تنفيذ المشروع بواسطة شركة أخرى على حساب شركة المشروع نظرا للاستعدادات والتجهيزات الضخمة التى يحتاجها تنفيذ المشروع بنظام الـ "B.O.T.".

وهكذا فإنه يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الـ "B.O.T." عينا، إذا كان التنفيذ العينى – فى حد ذاته ممكنا – أما إذا لم يكن هذا التنفيذ ممكنا، فليس أمام الطرف الدائن بالتنفيذ سوى طلب فسخ العقد، وهذا ما نتعرض لمناقشته فيما يلى.

ثانيا : الفسخ :

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفى العقد، إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه[٣].

والفسخ نوعان: فسخ قضائى، وفسخ اتفاقى.

---

(١) الدكتور/ محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ٩٣.

(٢) المادة ٦٥٠ من التقنين المدنى.

(٣) الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المفردة، ص ٦١١. الدكتور/ عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١٩٠. الدكتور/ محيى الدين إسماعيل علم الدين: نظرية العقد، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤، ص ٤٧٦ – ٤٩٨.

والفسخ القضائى نصت عليه المادة ٥٧ من القانون المدنى بقولها:

"١ – فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر – بعد إعذاره المدين – أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى·

٢ – ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى مجمله·

وإذا أقيمت الدعوى للمطالبة بالفسخ، فللقاضى أن يمنح المدين أجلا للوفاء ويؤجل الحكم بالفسخ وله أن يرفض الفسخ ويحكم بالتعويض وحده إذا تبين ضآلة الالتزام الذى تخلف المدين عن تنفيذه بالنسبة إلى العقد فى جملته·

وإذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد[١]· ومعنى هذا أن للفسخ أثرا رجعيا، ينحل به العقد، من وقت إنشائه، فيعتبر بعد صدور حكم الفسخ كأن لم يكن، لا ماضى ولا مستقبل له· فإذا استحالت إزالة آثار ما تم تنفيذه من التزامات اكتفى بالأثر المستقبل للفسخ وسوى الماضى بطريق التعويض[٢]·

أما الفسخ الاتفاقى فقد نصت عليه المادة ١٥٨ مدنى بقولها: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه·

---

(١) المادة ١٦٠ مدنى·

(٢) راجع فى ذلك: الدكتور عبد الرازق السنهورى: الوسيط، الجزء الرابع، مصادر الالتزام، طبعة ١٩٨١، ص ١٠٣٦؛ الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الإشارة إليه، ص ٦٢٥ – ٦٢٩؛ الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٠ – ١٩٢؛ الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، ص ٧٩، ٨٠.

ومن الواضح أن المقصود من هذا النص هو تمكين المتعاقدين من الاتفاق على الفسخ دون التقيد بأحكام المادة ١٥٧ كلها أو بعضها ولهذا يرد هذا الاتفاق فى صيغ مختلفة تتدرج فى مخالفة هذه الأحكام.

فقد يرد مثبتا لحق الفسخ دون أية إضافة فيقال مثلا "فى حالة تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه يكون العقد مفسوخا"، ويتوقف تفسير هذه الصيغة على نية المتعاقدين، فقد يقصدان مجرد تأكيد الحق فى الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالفسخ، وقد يكون قصد المتعاقدين سلب القاضى عندما يطلب منه الحكم بالفسخ السلطات التى تقررها له المادة ١٥٧ (منح الآجال) أو رفض الفسخ والاكتفاء بالتعويض[١].

وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ويعفى هذا الاتفاق الدائن من ضرورة إقامة دعوى للحصول على حكم بالفسخ، ولكنه لا يعفيه من إعذار المدين. وفى تفسير آخر[٢] - لا ينصرف معنى الاتفاق إلى إعفاء الدائن من إقامة دعوى الفسخ، وإنما إلى سلب القاضى سلطتى منح الأجل ورفض الفسخ والاكتفاء بالتعويض.

وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار. ولا خلاف أن الفسخ يقع - فى هذه الحالة - دون حاجة إلى إعذار، أو إقامة دعوى للحصول على حكم بالفسخ، بمعنى أن

---

(١) قضت محكمة النقض بأن "الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد الإخلال بالالتزام، إلا إذا كانت صيغته صريحة، دالة على وجوب الفسخ عند تحققه ...". نقض مدنى جلسة ١٩٧٣/١/١٩، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٢٤، ص ٤٩.

انظر أيضا: القضية التحكيمية رقم ١٨٣ لسنة ٢٠٠٠ جلسة ٢٠٠١/٤/١٥، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، منشورة بمجلة التحكم العربى، العدد الرابع، أغسطس ٢٠٠١، ص ٢١٣.

(٢) الدكتور/ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٤٤٠، ٤٤١. الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٥.

الفسخ يقع تلقائيا بمجرد حلول ميعاد تنفيذ الالتزام، وتخلف المدين عنه، ومع ذلك يجب أن يبدى الدائن رغبته فى التمسك بالفسخ بصورة ما[١].

ويترتب على الفسخ الاتفاقى - أيا كانت الصورة التى تم بها - نفس آثار الفسخ القضائى، وهى انهيار العقد، واعتباره كأن لم يكن، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، وإذا استحال ذلك اكتفى بالتعويض، بحسب نص المادة ١٦٠ مدنى[٢].

هذا هو حكم المسئولية العقدية فى جزاء عدم التنفيذ فى القانون المدنى، فهل يمكن تطبيق هذا الجزاء بصدد عقود الـ "B.O.T."؟

عندما يجرى الفسخ على عقد الـ "B.O.T."، فإن تنفيذه يتطلب نفقات، وتجهيزات، وجهود بشرية ضخمة، فما يحدثه الفسخ من ضرر للطرفين المخطئ منهما والمصيب، يفوق ما يرجى منه من نفع، وكلما جاء الفسخ متأخرا بعد أن يكون تنفيذ العقد قد قطع شوطا بعيدا كلما عظم ضرره، فمثلا إذا ثار نزاع بشأن صلاحية آلة عند إجراء تجربة المشروع، ويدعى الشخص العام المتعاقد، عدم مطابقة تلك الآلة للمواصفات المذكورة فى العقد، ويطلب استبدالها، وتصر شركة المشروع على أنها مطابقة، وتبدى استعدادها لإصلاح العيب، مثل هذا النزاع إن ترك إلى الحلول القانونية التقليدية قد يؤدى إلى الفسخ، بما يتبعه ذلك من تعويض فى الماضى، والمستقبل على السواء، ولكن هذا الفسخ لا يحقق مصلحة جدية لأى من

---

(١) كالإعلان، أو الإخطار بخطاب مسجل، مثلا. راجع فى ذلك: الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقى، سابق الإشارة إليه، ص ٦٣٠. الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٥. نقض مدنى فى ١٨/١٠/١٩٦٦، طعن رقم ٣٧ لسنة ٣٢ ق، مجموعة أحكام النقض، س ١٧، ص ١٥٢٦، رقم ٢١٤.

(٢) قضت محكمة النقض بأن ما جاء بنص المادة ١٦٠ مدنى من أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ..." قطعى الدلالة على الأثر الرجعى للفسخ، وعلى شموله العقود كافة، إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر أو الدورى التنفيذ، فإنه يستعصى بطبيعته على الأثر الرجعى". نقض مدنى فى ٧ فبراير ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠، ص ٤٩١.

الطرفين، فماذا تجنى منه الجهة الحكومية المتعاقدة، بعد أن بلغت إنشاءات المشروع مرحلة متقدمة، ولم يبق على البدء فى الاستثمار إلا القليل، وأى ترضية تعوض شركة المشروع عما بذلته من مال ووقت وجهد؟ وبسبب هذا الاعتبار العملى يمكن أن يعالج عقد الـ "B.O.T." الفسخ بفلسفة قد تختلف - من بعض الوجوه - عن نظر الشارع إليه، فالفسخ فى هذا العقد ليس جزاء عاديا للتخلف عن تنفيذ الالتزام، كما يعامله القانون، وإنما هو إجراء استثنائى مدمر ينبغى عدم اللجوء إليه إلا بسبب مخالفة جوهرية[١]، وبعد استنفاد جملة وسائل يهيئها العقد للمدين المتخلف عن التنفيذ لإصلاح المخالفة، واتقاء الفسخ، وإذا استعصى الأمر، وصار الفسخ لا مناص منه، فمن الخير الحد من آثاره بقدر المستطاع.

والملاحظ أن العقود لا تضع تعريفا "للمخالفة الجوهرية" التى تبرر الفسخ، ولكنها قد تورد تطبيقات يتضح من تحليلها أن المطلوب هو عدم التنفيذ الذى يحدث ضررا باهظا للدائن، يفوت عليه المنفعة التى كان يبتغيها من العقد[٢].

والفسخ الاتفاقى هو الأسلوب الذى يختاره - عادة - عقد الـ "B.O.T."، فينص على الفسخ دون حاجة إلى الحصول على حكم، فيقع الفسخ تلقائيا دون أن يضطر الخصوم إلى رفع الأمر إلى القضاء أو التحكيم، إلا إذا جادل المدين فى توافر شروط الفسخ، كما ينظمها العقد، وإذا اختلف الخصوم على تقدير التعويض الذى يصحب العقد.

أما آثار الفسخ فينبغى أن تنحصر فى عقد الـ "B.O.T." فى أضيق الحدود، ويبدو ذلك فى أمرين:

الأول: أن العقد يرفض عادة فكرة الأثر الرجعى للفسخ نظرا لما يترتب عليها من آثار غير مقبولة، كهدم المنشآت بعد إقامتها وفك الأجهزة

---

(١) الدكتور/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، ص ٨٨، ٨٩.

(٢) الدكتور/ محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، ص ٨٩.

وإعادة تصديرها بعد وصولها إلى موقع العمل وتركيبـــها، وتســريح العاملين بعد التعاقد معهم.

والثانى: أن الفسخ المترتب على التخلف عن تنفيذ جزء من العقد لا يــؤدى إلى إنهاء العقد برمته وإنما يقتصر أثره على هذا الجزء وحده، وتظـل أجزاء العقد الأخرى قائمة.

الفرع الثانى

المسئولية العقدية

تحدثنا فى الفرع السابق عن جزاء الإخلال بالالتزام العقدى، ورأينـا أنه يترتب على القوة الملزمة للعقد وجوب تنفيذ مـا الـتزم بـه كـل مـن المتعاقدين. فإذا أخل المدين بالتزاماته، ولم يكن ممكنا إجباره على الوفاء بها عينا على الوجه المتقدم، كان مسئولا مسئولية عقدية عن الأضــرار التـى يسببها للدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد[١].

فقيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقدا صحيحا واجب التنفيـذ لم يقم المدين بتنفيذه، فى هذه الحالة تنص المادة ٢١٥ من التقنيـن المدنـى المصرى على أن: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليــه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عـن سبب أجنبى لا يد له فيه".

ويتبين من ذلك أن المسئولية العقدية لا شأن لـها بـالتنفيذ العينـى للالتزام العقدى[٢]. وهى أيضا لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالـتزام قـد استحال تنفيذه بسبب أجنبى.

---

[١] الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصـادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضــة العربيـة، ١٩٨١، ص ٨٨٩، ٨٩٠؛ الدكتـور/ سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى، الجزء الثانى، فى الالتزامات، المجلد الأول، ص ٥٣٩.

[٢] لأن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون دائما ممكنا تنفيذه عينا، فلا محـل فيـه للمسـئولية العقدية، لأنه متى كان التنفيذ عينا ممكنا، فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ – انظر : =

وعلى ذلك نبحث فى أركان المسئولية العقدية، وفى أسباب الإعفاء أو الحد منها فيما يأتى:

أولا : أركان المسئولية العقدية :

باستقراء نص المادة ٢١٥ من التقنين المدنى المصرى – سالفة الذكر – يتضح أن عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين به، يترتب عليه قيام المسئولية العقدية ضد المدين، مما يعطى للدائن الحق فى طلب التعويض، ويثبت للدائن هذا الحق بتوافر أركان المسئولية العقدية، وهى الخطأ العقدى، والضرر وعلاقة السببية بينهما[١].

ويقع الخطأ العقدى إذا تخلف المدين – عامدا أو مهملا – عن تنفيذ الالتزام[٢]، ويختلف ضابط التخلف عن التنفيذ باختلاف نوع الالتزام، فإذا كان التزاما بغاية اعتبر المدين متخلفا إذا لم تتحقق الغاية المطلوبة، وإذا كان التزاما بوسيلة، اعتبر المدين متخلفا عن التنفيذ إذا لم يبذل فى العمل العناية التى يبذلها الشخص العادى.

- الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص ٨٩٠؛ الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٥٤٠.

(١) راجع فى ذلك: الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص ٨٩١؛ الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٥٤٠؛ الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٨١.

وجاء فى القضية التحكيمية رقم ١٣٨ لسنة ١٩٩٩ جلسة ١٢ أبريل ١٩٩٩، الصادرة عن مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى أن: "من المقرر قانونا أن التعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العينى ولا يجتمع معه، أما التعويض عن التأخير فى التنفيذ فإنه تارة يجتمع مع التنفيذ العينى، إذا نفذ المدين التزامه متأخرا، وطورا يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فيجتمع عليه تعويضان تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير فى التنفيذ". مجلة التحكيم العربى، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠.

(٢) الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٢. الدكتور/ جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام، ص ٤١٣، ٤١٤.

ويكون المدين مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ العمل، مثل العمال ومقاولو الباطن وغيرهم ٠٠٠٠٠ كما يكون مسئولا أيضا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى فعل شيء، أى إلى تدخل إيجابى من شيء أفلت من يده فيكون المدين مسئولا مسئولية عقدية عن فعل الشيء[١].

والضرر الموجب للتعويض هو الضرر المادى، والضرر الأدبى على السواء، إلا أن الضرر الأدبى نادر الوقوع فى المسئولية العقدية، ويجب فى الحالتين أن يكون الضرر قد وقع فعلا وقت طلب التعويض، أو أن يكون - على الأقل - محقق الوقوع، فإذا كان الضرر محتملا، قد يقع وقد لا يقع فلا تعويض حتى يتحقق وقوعه، ويكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع الحدوث وقت التعاقد، وضابط هذا الأمر هو ما يتوقعه الشخص العادى إذا وجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد بها المدين[٢].

وعلاقة السببية هى نسبة الضرر إلى الخطأ. فلا تعويض إلا إذا كان الخطأ هو السبب فى وقوع الضرر، والمفترض فى المسئولية العقدية وجود رابطة السببية، فلا يكلف الدائن إثبات الدليل على وجودها، وإنما يمكن للمدين أن ينفى هذا الوجود بإثبات السبب الأجنبى، (القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور)[٣].

---

(١) الالتزام بتحقيق غاية لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام، كالالتزام بنقل حق عينى، والالتزام بعمل معين، مثل إقامة مبنى أو مشروع أو نحو ذلك٠ أو الالتزام بالامتناع عن عمل، أما الالتزام ببذل عناية فهو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، فهو التزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته، والمهم أن يبذل المدين لتنفيذه مقدارا معينا من العناية، والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التى يبذلها الشخص العادى، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق٠

راجع فى ذلك الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٨٩٣، ٨٩٤.

(٢) الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٩٢٥ وما بعدها٠

(٣) الدكتور: عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٦.

وإذا كان مصدر المسئولية العقدية هو العقد وكان العقد نتيجة اتفاق المتعاقدين، فلهما أن يتفقا على تعديل أحكام هذه المسئولية بتشديدها على المدين أو تخفيفها عنه، أو برفعها عنه أصلا، على أن شرط الإعفاء من المسئولية، أو شرط تحديدها يبطل إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من جانب المدين طبقا لنص المادة ٢/٢١٧ من القانون المدنى[١].

تقدير التعويض :

تتبنى عقود الـ "B.O.T." - عادة - فى تقدير التعويض، القاعدة التى تجرى التقدير على أساس الضرر الذى أصاب الدائن والكسب الذى فاته[٢]، ومع ذلك كثيرا ما يحد العقد من من مطلق هذه القاعدة من وجهين:

الأول: استبعاد الكسب الذى فات من تقدير التعويض، وقصره على الضرر الذى وقع.

والثانى: وضع حد أعلى للتعويض تخفيفا للمسئولية التى إذ تركت وشأنها فى عقد ضخم كعقد ألـ "B.O.T." يمكن أن تصل إلى مبالغ ضخمة، قد ترهق المدين، وقد تقعده عن مواصلة نشاطه، لا سيما أن تحديد المسئولية العقدية لا يصطدم فى غالبية التشريعات الوطنية بالنظام العام، بل إنه أمر تجيزه نصوص صريحة فى كثير منها[٣]. ويمكن تحديد التعويض فى العقد بأحد أسلوبين:

- فإما أن يحدد بمبلغ معين (مليون جنيه مثلا).
- وإما بنسبة من قيمة العقد (١٠% مثلا).

---

[١] الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، ص ٨١ - ٨٣.

[٢] مادة ٢٢١ من القانون المدنى المصرى، راجع فى تقدير التعويض: الدكتور/ محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ٤٧. الدكتور/ جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام، ص ٤١٥ وما بعدها.

[٣] يسمح القانون المدنى المصرى بالاتفاق مقدما على تقدير التعويض المترتب على الإخلال بالالتزام العقدى، فيما يسمى بالشرط الجزائى وينظم ذلك المواد من (٢٢٣ - ٢٢٥) مدنى.

وفى الحالتين يقدر التعويض على أساس الضرر الذى وقع لكنه لا يجاوز على أى حال الحد الأعلى المعين فى العقد[١].

ثانيا : الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها :

إن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته الناشئة عن العقد واجب قانونى يقتضى أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ عينا، وفقا لما تم الاتفاق عليه، أو وفقا لما يحقق الهدف من العقد، على اعتبار ضرورة توافر حسن النية فى هذا التنفيذ، ومسئولية المتعاقد عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، أو تنفيذه على نحو مخالف للمواصفات المتفق عليها، تثبت من مجرد عدم التنفيذ على الوجه المتفق عليه، ولا يعفى المتعاقد منها إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه ترتب على سبب أجنبى لا يد له فيه، وقد نصت على ذلك المادة ١٦٥ من القانون المدنى بقولها "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك.

وهناك أيضا أسباب لا تصل بتنفيذ العقد إلى درجة الاستحالة، وإن كانت تجعله مرهقا، وذلك كالظروف الطارئة.

وعلى ذلك نتحدث عن أسباب الإعفاء من المسئولية أو الحد منها على النحو التالى:

(أ) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

---

[١] وجاء فى حكم تحكيمى صادر عن مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى فى القضية التحكيمية رقم ١٩٢ لسنة ٢٠٠٠، جلسة ٢٠٠١/٤/١٢: "ومن حيث أن تقدير التعويض مقدما فى العقد – فى حالة تكون المسئولية العقدية وهو ما اصطلح على تسميته (بالشرط الجزائى) ليس هو السبب فى استحقاق التعويض فلا يتولد عنه التزام أصلى باستحقاق التعويض ولكن يتولد عنه التزام تبعى بتقدير التعويض بمبلغ معين مقدما فى العقد. ومن حيث أن عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد هو بسبب استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ والشرط الجزائى إنما هو تقدير المتعاقدين مقدما لمقدار التعويض ...". مجلة التحكيم العربى، العدد الرابع، أغسطس ٢٠٠٤.

(ب) خطأ المتعاقد الآخر (الدولة المتعاقدة أو الشخص العام المتعاقد).

(ج) خطأ الغير.

(د) الظروف الطارئة

(أ) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:

تعرف القوة القاهرة بأنها حدث غير متوقع، وغير ممكن دفعه، ومستقل عن إرادة المدين، يطرأ بعد إبرام العقد، ويجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا[1].

ويذهب الفقه[2] - اليوم - إلى عدم التمييز بين القوة القاهرة، والحادث المفاجئ، فكلاهما له نفس الشروط ونفس الآثار كسبب أجنبي.

---

(1) انظر فى هذا التعريف: الدكتور/ حسام الدين الأهوانى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٧٥. الدكتور/ حسبو الفزارى: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ٥٣٤. الدكتور/ عبد الحكم فودة: أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة عن الأعمال القانونية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٦٩. ويقول الأستاذ الدكتور/ محسن شفيق: "إن مختلف القوانين الوطنية قد تضمنت النص على اعتبار القوة القاهرة سببا لانتفاء مسئولية المتعاقد الذى لم ينفذ التزامه، دون أن تورد تعريفا محددا لها. انظر على سبيل المثال المواد ١١٤٧، ١١٤٨ من القانون المدنى الفرنسى والمواد ١٦٥، ٢١٥، ٦٦٥ من القانون المدنىالمصرى. انظر مؤلف سيادته: عقد تسليم مفتاح، ص ١٠٤ هامش(١).

(2) انظر فى ذلك: الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول: مصادر الالتزام، المجلد الأول، ص ١٢٢٤. الدكتور/ سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى، الجزء الثانى، فى الالتزامات، المجلد الثانى: فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، ص ٤٨٦. الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٧. الدكتور جميل الشرقاوى: مصادر الالتزام، ص ٥٣٢. الدكتور/ حسام الدين الأهوانى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٧٥. الدكتور/ محمد إبراهيم دسوقى: نظرية الالتزام، ١٩٩٣، بدون ناشر، ص ٣٦٤.

ويشترط فى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حتى تتوافر فيها صفة السبب الأجنبى الذى يفصم رابطة السببية شروط ثلاثة[١].

فيجب أولاً، أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ غير ممكن التوقع[٢]. ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أى شخص يوجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها المسئول[٣].

والشرط الثانى: هو أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث لم يكن قوة قاهرة، ولا حادثا مفاجئا[٤].

والشرط الثالث هو أن يكون سبب الحادث خارجيا بالنسبة إلى المسئول، أى منقطع الصلة به، وليس نابعا من شخص المدعى عليه، أو من مشروعه، أو الشيء الذى هو فى حراسته[٥].

---

(١) قضت محكمة النقض بأنه "يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى الذى تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه من أوراقها". نقض مدنى، جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧، مجموعة المكتب الفنى السنة ٣١، ص ٩٣٠، القاعدة ١٨٣.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص ١٢٢٧.

(٣) الدكتور/ عبد الحكم فودة، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٦.

(٤) قضت محكمة النقض بأن القوة القاهرة بالمعنى الوارد فى المادة ١٦٥ من القانون المدنى قد تكون حربا أو حريقا أو أمرا إداريا واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع، واستحالة الدفع، وينقضى بها التزام المدين فى المسئولية العقدية، وتنتفى بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية". نقض مدنى فى ١٩٧٦/١/٢٩، المجموعة، السنة ٢٧، ص ٣٤٣.

- الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص ١٢٢٨.

(٥) الدكتور/ حسام الدين الأهوانى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٧٧؛ الدكتور/ عبد الحكيم فودة، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٨؛ الدكتور/ محمد إبراهيم دسوقى، سابق الإشارة إليه، ص ٣٦٧.

الآثار المترتبة على القوة القاهرة :

فإذا توافرت شروط القوة القاهرة – سالفة الذكر – لا يلتزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته[١]، ولا يكون للمتعاقد معه توقيع أى جزاءات عليه بحجة نكوله عن تنفيذ التزامه، ويحق للمتعاقد مع الدولة طلب فسخ العقد. وإذا زال الحدث القاهر تعود التزامات المتعاقد بالتنفيذ.

ويجوز لطرفى العقد تعديل أثر القوة القاهرة بحيث لا يتم إعفاء المدين من التزامه، ويظل ملتزما بالتنفيذ حتى لو استحال هذا التنفيذ[٢].

وقد تتضمن بعض عقود المشروعات المنشأة بنظام "B.O.T." بعض الأحكام الخاصة بالقوة القاهرة[٣]. ومن ذلك المادة العاشرة من عقد إنشاء مطار العلمين – سابق الإشارة أليه – التى تعطى للمتعاقد مع الإدارة الحق فى طلب تمديد مدة إنشاء المطار بناء على القوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية، والمادة الثانية عشر التى تعطى للمالك الحق فى إنهاء الاتفاق مع تعويض الطرف الآخر – فى حالة القوة القاهرة[٤].

---

(١) الدكتور السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص ١٣٣٠.

(٢) تنص المادة ٢١٧ مدنى على أن:

"١ – يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين نتيجة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

٢ – وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ اتفاقه التعاقدى إلا ما يثبت عن غشه أو عن خطئه ....."

ومفاد هذا النص أن المتعاقدين يستطيعان الاتفاق على تشديد المسئولية إلى الحد الذى يجعل المدين مسئولا حتى عندما يكون عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبى.

انظر فى ذلك: الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٧.

(٣) تنص المادة العاشرة من العقد على أن: "للملتزم الحق فى طلب تمديد مدة الإنشاء فى الحالات الآتية: ١ – بناء على قرار من المالك. ٢ – القوة القاهرة – ظروف استثنائية يكتشفها الملتزم تظهر فى الموقع. ٣ – أى تأخير أو إعاقة من قبل المالك.

(٤) م ١٢: الإنهاء بسبب القوة القاهرة: "للمالك أن يختار الإنهاء نتيجة للقوة القاهرة، وعليه أن يعوض الملتزم عما لحقه من خسارة جراء ذلك ...".

ب) خطأ المتعاقد الآخر :

قد ينسب إلى الجهة المتعاقدة مع المستثمر على تنفيذ المشروع فعل أو خطأ يكون هو سبب التخلف عن التنفيذ أو التأخير فيه، فإذا كان الفعل صادراً من الجهة المتعاقدة، فلا يشترط فى هذا الفعل أن يكون له مقومات الخطأ فى ذاته، فيكفى أن يكون فعل الجهة المتعاقدة - ولو كان مجردا من خصائص الخطأ - هو السبب الوحيد للحادث حتى تعفى شركة المشروع من المسئولية كلية، سواء كانت مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية، تقوم على الخطأ واجب الإثبات[١].

وعلى ذلك تنتفى مسئولية شركة المشروع إذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه يرجع إلى تخلف المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه بتسليم أرض المشروع أو موقع العمل أو عدم إنجاز بعض الأعمال المطلوبة منها والتى يرتبط بها تنفيذ التزامات المتعاقد معها مثل عدم إصدار التراخيص اللازمة، أو تأميم المشروع، أو سحب ترخيصه ...[٢]. ومثل ذلك يقال - أيضا - عن خطأ شركة المشروع.

فإذا لم يكن فعل الشخص العام المتعاقد هو السبب الوحيد للحادث، ولكن ساهم معه فى إحداث الضرر خطأ شركة المشروع، فيجب أن يكون فعل ذلك الشخص له وصف الخطأ حتى يؤثر فى مسئولية شركة المشروع، أما إذا كان فعل ذلك الشخص لا يتوافر له وصف الخطأ - فى ذاته - فلا يعفى المسئول من المسئولية ولا يخفف عنه.

---

(١) الدكتور/ السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثانى، ص ١٣٣٠. الدكتور/ سليمان مرقس، سابق الإشارة إليه، ص ٤٩١. الدكتور جميل الشرقاوى: مصادر الإلتزام، ص ٥٣٣ وما بعدها. الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٩. الدكتور/ محمد إبراهيم دسوقى، سابق الإشارة إليه، ص ٣٦٨.

(٢) راجع فى ذلك: الدكتور/ محمد محمد بدران: عقود الإنشاءات فى القانون المصرى، ص ٤٦٩.

وأساس اشتراط صفـة الخطأ فى فعل المضرور فى هذا الفـرض، هو أن خطأ محدث الضرر يعطي للمضرور الحق فى أن يطلـب تعويضـا كاملا عن كل الضرر الذى لحق به، فإذا أردنا أن نحمله ببعض الضـرر أو كله وجب أن نستند إلى أسـاس يجيز ذلك، وهـذا الأسـاس هـو الخطـأ المنسوب إلى المضرور[1]. وقد نصت المادة ٢١٦ من القانون المدنى علـى هذا الحكم، فقضت بأنه "يجـوز للقاضى أن ينقص مقـدار التعويـض أو لا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن (بالتعويض) بخطئه قد اشترك فى إحـداث الضرر أو زاد فيه".

(ج) خطأ الغير :

يقصـد بالغير كل شخص غير المدعى عليه والمضـرور، ولكـن يستبعد من طائفة الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا، فـلا يعد من الغير من يسأل عنهم المدعى عليه، مسئولية عقدية، كمن عهد إليـه بتنفيذ التزامه، أو مسئولية تقصيرية كالتابع أو المشـمول بالرقابـة[2]. ولا يعتبر خطأ من الغير الخطأ الصادر من شخص ترتبط مصالحه مع مصلحـة المدعى عليه فى مواجهة المضرور، وتبدو أهمية ذلك فى مجـال مسـئولية الشخص المعنوى إذا كان خطأ قد صدر من جهة الوصاية أو الرقابة علـى المدعى عليه.

ويجـب أن ينسب الخطأ إلى شخص محدد، وذلك حتـى لا يختلـط خطأ الغير بفعـل الطبيعة أو القوة القاهرة، وليس من الضرورى أن يكـون

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السـنهورى: الوسـيط، الجـزء الأول، المجلـد الأول، ص ١٢٣١. الدكتور/ حسام الدين الأهوانى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٨١. الدكتور جميـل الشـرقاوى: النظرية العامة للالتزام، ص ٥٣٥.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السـنهورى: الوسـيط، الجـزء الأول، المجلـد الأول، ص ١٢٥١. الدكتور/ جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٦.

هذا الغير معروفا فقد يقام الدليل على أن الحادث يرجع إلى خطأ شخص هرب دون أن يعرف[١].

ويجب ألا يكون خطأ الغير نتيجة خطأ المدعى عليه، لأن الخطأ الثانى يستغرق حينئذ الخطأ الأول، ولابد أن يكون سلوك الغير مكونا لخطأ، أى منطويا على انحراف عن سلوك الشخص المعتاد[٢].

فإذا قام خطأ الغير مستوفيا شروطه فإنه يؤثر فى مسئولية المدعى عليه، فإذا كان خطأ الغير هو السبب الوحيد المنتج للضرر أمكن للمدعى عليه أن يدفع بالسبب الأجنبى.

فإذا كان الضرر نتيجة خطأ المدعى عليه والغير فإنهما يكونان شركاء فى المسئولية، أى نكون بصدد حالة تعدد المسئولين[٣].

وقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدنى على أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض.

ويقصد بالتضامن بين المسئولين أن المضرور يحق له الرجوع على أى من المدعى عليهم أو الغير بالتعويض كاملا. هذا فى العلاقة بين المضرور والمسئولين. أما فى العلاقة بين المسئولين، فإن التعويض يوزع بينهم بالتساوى، مالم يعين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض. ويحدد القاضى نصيب كل منهم بحسب جسامة الخطأ. فإذا كان المضرور قد اقتضى كامل مبلغ التعويض من أحد المسئولين، فإنه يحق للأخير

---

(١) الدكتور/ حسام الدين الأهوانى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٨٣.

(٢) الدكتور/ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٦.

(٣) الدكتور/ محمد إبراهيم دسوقى، سابق الإشارة إليه، ص ٣٧٨.

الرجوع على باقى المسئولين بنصيبهم فى الالتزام بالتعويض وفقا للمادة ١٦٩[١].

(د) الظروف الطارئة :

تفترض نظرية الظروف الطارئة تغير الظروف الاقتصادية عند تنفيذ العقد بسبب حادث لم يكن متوقعا، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام، وإن لم يكن مستحيلا، مرهقا للمدين إلى حد يهدد بخسارة فادحة تفوق الحد المألوف[٢].

ومثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة بسعر معين ثم يحدث قبل حلول ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن السلعة إلى أضعاف ما كانت عليه بسبب حرب منعت ورودها من الخارج مثلا، وحينئذ يصبح تنفيذ هذا العقد مهددا للمدين بخسارة فادحة تجاوز الحد المألوف.

ومن الواضح أن العدالة تقتضى تخفيف عبء الالتزام عن المدين وذلك بتوزيع تبعة الحادث الطارئ على الطرفين. ولقد أقر القانون المدنى

---

[١] الدكتور/ حسام الدين كامل الأهوانى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٨٤. الدكتور/ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزام،سابق الإشارة إليه، ص ٥٣٨. الدكتور/ محمد إبراهيم دسوقى، سابق الإشارة إليه، ص ٣٧٩.

[٢] انظر فى الموضوع بصفة عامة: الدكتور/ عبد الوهاب على بن سعيد الراعى: الاستحالة وأثرها فى الالتزام العقدى، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٥٢. الدكتور محمد محيى الدين سليم: نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى، بدون ناشر، بدون سنة طبع، ص ٦٨٢، ٦٨٣. الدكتور/ شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٦٧. الدكتور/ سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية فى قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٣٢ وما بعدها. الدكتور/ مصطفى عبد المحسن الحبشى: التوازن المالى فى عقود الإنشاءات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣١٣ وما بعدها. الدكتور/ عبد الحكم فودة، سابق الإشارة إليه، ص ١٩ وما بعدها؛ الدكتور/ رشوان حسن رشوان: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٤٣٧.

المصرى نظرية الظروف الطارئة، وأعطى للقاضى سلطة تعديل شروط العقد بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وهذا هو ما تنص عليه المادة ٢/١٤٧ من التقنين المدنى المصرى: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بالخسارة الفادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

فنظرية الظروف الطارئة تعالج اختلال التوازن بين التزامات الطرفين عند تنفيذ العقد[١].

ويقتصر مجال الظروف الطارئة على العقود المتراخية التنفيذ كأن يكون العقد من العقود التى يقتضى تنفيذها مدة من الزمن. كعقد المقاولة أو من العقود الدورية التنفيذ كعقد التوريد أو من العقود الفورية ولكن تنفيذه مؤجلا[٢]. ويعتبر عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع من هذه العقود التى يستغرق تنفيذها وقتا طويلا.

وقد اشترط القانون لتحقق الظروف الطارئة أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة، وأن تكون تلك الحوادث لم يكن فى الوسع توقعها[٣]، وأن

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثانى، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ١٢٢٤ وما بعدها. الدكتور/ نجيب محمد بكير: أثر الاستحالة النسبية على تنفيذ الالتزام، بحث بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الخامسة والثمانون، ١٩٨٥، ص ٨١ وما بعدها.

(٢) الدكتور/ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزامات، سابق الإشارة إليه، ص ٣٥٥ وما بعدها.

(٣) قضت محكمة النقض بأن: "مفاد نص المادتين ٢/١٤٧، ٤/٦٥٨ من القانون المدنى أنه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع الأسعار، وكان ذلك بسبب حادث استثنائى عام غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا، فإنه يكون للقاضى وبصفة خاصة فى عقد المقاولة فسخ العقد أو زيادة أجر المقاولة المتفق -

تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا وهذا الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما إذا كانا يشتركان فى فكرة المفاجأة، وفى أن كلا منهما لا يمكن توقعه، ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقا فحسب.

ويترتب على هذا الفرق فى الشروط فرق فى الأثر، إذ أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضى فلا يتحمل المدين تبعة تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا ينقضى به الالتزام، بل يرد إلى الحد المعقول، فتوزع الخسارة بين المدين والدائن، ويتحمل الدائن شيئا من تبعة الحادث والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ، وذلك بمعيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف. وإذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، جاز للقاضى - تبعا للظروف - وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1].

وقد أراد المشرع بذلك أن يكون القاضى مطلق اليد فى معالجة الموقف الذى يواجهه، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث

= عليه بما يؤدى إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول". نقض مدنى فى ٢٤ من نوفمبر ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١٨٧، ص ١١٤٨.

انظر فى شروط الظروف الطارئة: الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٦؛ الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، ص ١١٢؛ الدكتور/ عبد الحكم فودة، سابق الإشارة إليه، ص ٦٠؛ الدكتور/ رشوان حسن رشوان، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣٧ وما بعدها.

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص ٨٨٧؛ الدكتور نجيب محمد بكير، سابق الإشارة إليه، ص ٩٠؛ الدكتور/ عبد الودود يحيى، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٩.

الطارئ، وقد يرى زيادة الالتزام المقابل، وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق[١].

هذا الجزاء المرن ييسر للقاضى أن يعالج كل حالة بحسب ظروفها الخاصة، مع الموازنة بين مصلحة الطرفين، ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتيا، بل جعله معيارا موضوعيا، وقد انطوى ما قرره القانون بشأن هذا الجزاء على أمرين، أولهما أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، وثانيهما أن مهمة القاضى فى توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة، فهو لا يقتصر على تفسير العقد بل يتجاوز ذلك إلى تعديله[٢].

ومن الجدير بالذكر أن حكم المادة ٢/١٤٧ مدنى من النظام العام، فلا يجوز لطرفى العقد الاتفاق على مخالفتها أى استبعاد حكم الظرف الطارئ[٣].

أثر الظروف الطارئة فى معالجة انهيار التوازن الاقتصادى لعقد المقاولة، وإمكانية تطبيق ذلك على عقد الـ "B.O.T." :

تنص المادة ٦٥٨ على الآتى: "٣ - وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدى العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة فى الأجر ولو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، ص٢٨١.

(٢) القضية التحكيمية رقم ٢٢٤ AD-HOC جلسة ٢٠٠١/١١/١٤، مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى، منشورة بمجلة التحكيم العربى، العدد الخامس، سبتمبر ٢٠٠٢ن ص ١٩٢، ١٨٣.

انظر أيضا: الدكتور/ رشوان حسن رشوان، سابق الإشارة إليه، ص ٤٩٨.

(٣) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، ج ١، المجلد الأول، ص ٨٨٧. الدكتور/ نحيب محمد بكير، البحث سالف الذكر، ص ١٩٠. الدكتور/ عبد الودود يخيى، سالف الإشارة إليه، ص ١٧٩.

العقد عسيرا". "٤ – علـى أنه إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامـات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولـة جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد".

وهـذا النص يعد بلا ريب تطبيقا خاصا لنظرية الظروف الطارئـة وقد ورد فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ما يأتى: "والفقرة الرابعـة هى تطبيق لنظرية الظروف الطارئة فى حالة عقد المقاولة ... والمعيـار الذى يقرره النص – اختلال التوازن الاقتصادى بين الالتزامات اختلالا تامـا بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد – هو من الدقة بحيث يحـد مـن تدخل القاضى، وفى الوقت نفسه من المرونة بحيث يسمح له بمراعاة ظروف كل حالة[1].

ولما كان هذا النص تطبيقا من تطبيقات نص المـادة ٢/١٤٧ فـإن شروط تطبيق نص المادة ٦٥٨ هى ذاتها شروط تطبيـق النظريـة العامـة للظروف الطارئة[2].

وغنى عن البيان أن عقد المقاولة هو أقرب العقود إلى عقـد الـ "B.O.T."، ويمكن تطبيق هذا النص عليه، عند انهيار التوازن المالى بيـن التزامات كل من شركة المشروع والشخص العام المتعاقد معها.

ويقضـى البند (١/٧٠) من نموذج الشروط العامة لعقد الفيديك بأنـه إذا ارتفعت الأسعار أو انخفضت، سواء بالنسبة للأجـور أو المـواد أو أى عنصر يؤثر على تكاليف تنفيذ الأعمال، وفقا لما يتقرر فى القسم الثانى مـن شروط العقد فإن الزيادة توجب الإضافة إلى مقـابل العقـد، كمـا يوجـب الانخفاض نقص هذا المقابل.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ٥، ص ٤٢.

(٢) راجع فى ذلك: الدكتور/ محمد محيى الدين سليم: نظرية الظروف الطارئـة بيـن القـانون المدنى والفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بدون ناشر، بدون سنة طبع، ص ٦٨٢، ٦٨٣.

وتتناول الفقرة ١ من البند ٧٢ أسعار الصرف فتنص على أنــــه إذا نص على أن الدفع للمقاول يتم كليا أو جزئيا بعملة بلد أو بلاد أجنبية، فـــإن دفع حقوق المقاول لا يتأثر بسعر أو أسعار الصرف بيـــن هـــذه العملـــة أو العملات، وعملة البلد الذى تنفذ فيه الأشغال.

وتتشـــابه هذه الأحكام التى أوردها نموذج عقد الفيديك مع الأحكـــام التى نصت عليها المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى، مـــن جـــواز تعديل آثار العقد - بحكم القاضى - بسبب ما يطرأ من قرارات أو ظـــروف استثنائية عامة وغير متوقعة تجعل تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها مرهقـــا إرهاقا شديدا لأحد المتعاقدين، وهو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة[١].

أثر الظروف الطارئة فى إعادة التوازن المالي إلي عقود التجارة الدولية:

المـــلاحظ أن بنود العقد الخاصة بتغير الظروف، خاصة ما تعلـــق منها بالظروف الطارئة أكثر تواترا فى العقود الدوليـــة منـــها فـــى العقـــود الداخلية، والسبب فى ذلك أن العقود الدولية، قد يستغرق تنفيذها مدة طويلـــة، فضلا عن أن تنفيذها لا ينتهى عادة بمجرد إتمام المشروع بل يمتد إلى مـــدة أطول، خصوصا فى فترات الضمان والصيانة، وهى التزامات مستمرة.

وفضلا عن ذلك فالعقود الدولية تنفذ غالبا فـــى ظـــروف سياســـية واقتصادية تتغير بسرعة، الأمر الذى يمكن أن ينعكس أثره على حاجة تلـــك العقود للتغيير خلال مرحلة التنفيذ.

ومن الطبيعى أن القاضى المصـــرى يمكنـــه أن يطبـــق نظريـــة الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها على العقود الدولية التى يثار أمامـــه نزاع بشأنها، وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، سواء بالإنقـــاص منه، أو الزيادة فى الالتزام المقابل، أو وقف تنفيذ العقد - مؤقتا - إلى حيـــن

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات فى القانون المصـــرى، ســـابق الإشارة إليه، ص ٤٧١.

زوال الظرف الطارئ، حتى يقيم توازنا موضوعيا بين مصلحة كل من الطرفين[١].

غير أن عقود التجارة الدولية – عادة – لا تحيل المتعاقدين، – مباشرة – إلى القاضى ليرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما يفعل القانون المصرى، وإنما هى – عادة –تكل الأمر إلى المتعاقدين، فيجيز لكل منهما طلب "إعادة فتح باب المفاوضة Rengociation، لتعديل شروطه بما يعيد إليه التوازن الذى اقتضته نتيجة وقوع الظرف الطارئ"[٢].

وتحرص تلك العقود على وضع شرط إعادة فتح باب المفاوضة بحيث يكون حقا لكل من الطرفين، إذا طلبه أحدهما وجب أن يستجيب له الآخر فيدخلان مباشرة فى مفاوضات بشأن التعديلات التى يجب إدخالها إلى العقد، دون إضاعة الوقت والجهد فى مناقشات قد تطول، وقد تتعثر بشأن تقرير مبدأ فتح باب المفاوضة[٣].

ومن ذلك – مثلا – الاتفاق فى العقد على أنه: "إذا طرأ أثناء تنفيذ هذا العقد حادث استثنائى، غير متوقع وأجنبى عن المتعاقدين، وكان من أثره أن حصل أحد الأطراف على مزايا لا تتناسب البتة مع التزاماته، فإن الشروط التى يحتويها هذا العقد، تخضع للمراجعة بناء على الاتفاق المشترك للأطراف، وإذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق مشترك فإنه يتعين على كل منهما أن يحدد خبيرا اقتصاديا، لفحص ما إذا كانت المزايا المالية التى

---

(١) الدكتور/ سلامة فارس عرب، سابق الإشارة إليه، ص ٤٩٢.

(٢) الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٢.

(٣) وقد تتبنى عقود الـ "B.O.T." حلا آخر، مثل توقع الظرف الطارئ ووضع الحل المناسب له، ومن ذلك ما نص عليه إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، فى المادة العاشرة والتى أعطت للمستثمر الحق فى طلب تمديد مدة الإنشاء فى الحالات الآتية:

١ – بناء على قرار من المالك.

٢ – القوة القاهرة.

٣ – ظروف استثنائية يكتشفها المستثمر قد تطرأ فى الموقع.

٤ – أى تأخير أو إعاقة من قبل المالك.

حصل عليها أحد الأطراف على أثر الحادث الطارئ غير المتوقع تؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد على نحو شبه كامل"[١].

وينظم العقد إجراءات فتح باب المفاوضة، فيشترط مثلا إخطار الدائن كتابة بالتغيير الذى طرأ، وما نشأ عنه من عقبات فى تنفيذ الالتزام، كما يشترط العقد – عادة – دعوة الدائن إلى اجتماع لتقييم التغيير الذى طرأ ومناقشة تعديل شروط العقد على ضوء هذا التغيير، ويحدد العقد مدة قصوى لبلوغ الاتفاق على التعديل، يكون لكل من الطرفين بعدها رفع الأمر إلى التحكيم، أو فسخ العقد[٢].

وإذا تم التعديل ثم زال الظرف الطارئ أو خفت حدته حتى صار التنفيذ محتملا لا إرهاق فيه، فالأصل أن العقد لا يعود إلى شروطه الأولى تلقائيا، لأن الاتفاق الثانى فسخ الأول، إلا إذا نص فى العقد أو فى اتفاق التعديل على خلاف ذلك[٣].

---

(١) راجع مثل هذه الشروط لدى:

PHILIPPE (Denis M.) "Pacta sunt servenda" "et" Rebus sic stantibus "in l'apport de la Jurisprudence arbitrale: Séminaire des 7 et 8 Avril 1986, P. 245 a 260.

انظر أيضا: الدكتور/ سلامة فارس عرب، سابق الإشارة إليه، ص ٤٩٣ – ٤٩٥؛ والدكتور/ شريف محمد غنام، سابق الإشارة إليه، ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) راجع فى شروط إعادة التفاوض بالتفصيل: الدكتور مصطفى عبد المحسن الحبشى: سابق الإشارة إليه؛ ويطلق الدكتور/ مصطفى رشدى شيحة على شروط إعادة المفاوضة "شرط المراجعة والتعديل"، راجع بحث لسيادته بعنوان: تحديد الثمن وتغييره فى عقد المقاولة الدولية، نظرة فى القانون الاقتصادى الدولى للأعمال، منشور فى إحدى مطبوعات مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة، بعنوان: مقاولات الأعمال المدنية"، سنة ١٩٩٥، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك: الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٢ – ١٢٤.

المبحث الثانى

مجموعة العقود اللازمة لتنفيذ عقد الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

تحدثنا فى الفصل السابق عن حقوق والتزامات طرفى عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع، ورأينا أنه يتميز بالتعقيد الشديد، ويتطلب تنفيذه القيام بأعمال عديدة، كالإنشاء، والصيانة، والتمويل، والتشغيل ... إلخ.

ولذلك يلزم لتنفيذ هذا العقد الدخول فى ترتيبات تعاقدية كثيرة يقوم بها كل من طرفى العقد من أجل القيام بأحد الأعمال التى يقتضيها تنفيذ المشروع.

ومن الضرورى أن تتوافق كافة العقود المرتبطة بالمشروع المنشأ بنظام ألـ "B.O.T."، مع بعضها البعض لتكون كلا متكاملا، لأن مثل هذه العقود تقوم بتحديد الحقوق والالتزامات والمخاطر التى يتحملها كل طرف. ولذلك يجب أن تكون الشروط التى يتضمنها كل عقد ثابتة، ومكملة لبعضها البعض، فعلى سبيل المثال يجب أن تتوافق البنود الخاصة بالقوة القاهرة، واختيار القانون الذى يخضع له العقد، وطرق فض المنازعات مع كافة العقود الأخرى. حيث أن كافة العقود المتصلة بمشروع ألـ "B.O.T." متصلة بعضها بالبعض، ويجب أن يتم التنسيق بينها بكفاءة وفعالية.

ولكى يمكن إنجاز المشروع يدخل طرفا العقد أو أحدهما - عادة - فى ترتيبات تعاقدية مع الخبراء الاستشاريين للاستفادة بخبراتهم، ومع المقاولين لإنشاء المشروع، ومع جهات التمويل للحصول على الأموال اللازمة، ومع مشغل المشروع - أحيانا - لتشغيل المشروع، وأخيرا تبرم شركة المشروع عقودا مع المنتفعين بخدماتها، حتى يتمكنوا من الحصول على خدمات المشروع، وعلى ذلك فإن أهم العقود التى تبرم فى هذا الصدد هى عقود الاستشارة، والمقاولة، والتمويل، والتأمين، والتشغيل، وعقد تقديم الخدمة للمنتفعين بخدمات المشروع.

وإذا كان الأمر كذلك فيقسم هذا المبحث إلى خمسة مطـــالب علـــى النحو التالى:

المطلب الأول: العقود الاستشارية·

المطلب الثانى: عقد المقاولة·

المطلب الثالث: عقود التمويل·

المطلب الرابع: عقد التأمين·

المطلب الخامس: عقد تقديم الخدمة إلى المنتفعين بخدمات المشروع·

المطلب الأول

العقود الاستشارية

إذا لم يتوافر لدى الدولة المتعاقدة خبراء فى مجال مشروعات الـــ "B.O.T."، والترتيبات التعاقدية المتصلة بها، فسوف تحتـــاج الدولـــة إلـــى الاستعانة بخبراء لمساعدتها فـــى تحديـــد وتعريـــف المشـــروع، ووضـــع الاقتراحات الخاصة به، وفى هذه الحالة تكون أول الوثائق التعاقدية الخاصـــة بمشروع "B.O.T." - من وجهة نظر الحكومـــة المتعـــاقدة - هـــى عقـــود الاستعانة بخبراء استشاريين·

وتتطلب المشروعات المنفذة بنظام الـــ "B.O.T."، ثلاثة أنواع مـــن الخبرة[١]:

(أ) الخبرة الفنية للقطاع الصناعى المتصـــــل بالمشـــروع، وذلـــك لتحديـــد المتطلبات الفنية التى تستلزمها المشروعات المزمع تنفيذها·

(ب) الاستشارة المالية للحصول على معلومـــات عـــن المـــوارد الأساســـية للتمويل، والهياكل المالية، والمتطلبـــات الماليـــة للمشـــروع، والتبـــادل التجارى الذى يلزمه، وأسواق رأس المال، وإعداد دراســـات الجـــدوى

---

(١) راجع فى ذلك:

UNIDO "B.O.T." GUIDELINES, Op. Cit., P. 207, and S.

للمشروع، والعديد من الأمور التى يحتاج إليها المقرضون كجزء من المجموعة التأمينية.

(ج) الخبرة القانونية فى مجال إعداد العقود - بصفة عامة -، والعقود الدولية - بصفة خاصة -، وذلك لمساعدة الدولة فى تكوين هيكل العمل القانونى للمشروع وإعداد لائحة الوثائق التعاقدية الضرورية، وإعداد المناقصة، وفحص مستندات الشركات المتقدمة للتأكد من قدرتها الفنية، والمالية.

ويجب أن تقوم الدولة المتعاقدة باختيار الخبراء الاستشاريين بعناية فائقة، ممن تتوافر لديهم الخبرة فى مجال تخصصهم، وعادة ما تقوم الدولة بتكوين مجموعة من الخبراء، وتصنيفهم طبقا لتخصصاتهم وسمعتهم فى المجال الاستشارى، ومدى ملائمة تخصصاتهم للمشروع، وخبرتهم فى الدولة أو الإقليم الذى ينفذ فيه المشروع[١].

ولما كانت الخبرة فى مجال عقود ألـ "B.O.T."، مازالت فى مرحلة البداية، ولم يتم اكتساب الخبرات الكافية لإدارة تلك المشروعات، فإن على الدولة، أو من يمثلها الاستعانة ببيوت الخبرة الاستشارية المتخصصة لمواجهة العلاقات التعاقدية المتشابكة، بما تتطلبه من متطلبات فنية، وماليه، وقانونية، ذات كفاءة عالية، قد لا تتوافر فى الأجهزة الحكومية، فضلا عن أن المراحل الأولية، منذ بدء دراسة الجدوى للمشروع، وحى اختيار شركة المشروع، وإتمام التفاوض - عادة - ما يتخذ عدة سنوات، الأمر الذى قد يؤدى إلى تعطيل حركة التنمية، وإضافة أعباء مالية إضافية على عاتق الدولة[٢].

---

(١) راجع فى ذلك:

UNIDO, "B.O.T.", GUIDELINES, Op. Cit., P. 208.

(٢) فى مجال مشروعات الكهرباء التى نفذت فى مصر بنظام الـ "B.O.T."، تمت الاستعانة باستشارى عالمى فى هذا المجال يتكون من مجموعة من بيوت الخبرة العالمية (فنى، قانونى، مالى)، لتكوين الكوادر، ونقل الخبرة إلى هيئة كهرباء مصر، تم اختياره فى مناقصة من -

ودور استشارى المالك يبدأ مع بداية حياة المشروع، والتى تبدأ – عادة – باختيار المشروع، بضمان أن اختيار المشروع قد تم على أسس علمية، واقتصادية، وفنية سليمة، وبعد ذلك يتم الانتقال إلى تحليل المشروع، عن طريق وضع المعايير الفنية، والمالية والاجتماعية، وينتهى إلى دراسة جدوى متخصصة.

ثم ننتقل إلى مرحلة التفاوض، وهنا يكون مالك المشروع فى حاجة إلى مستشارين ذوى خبرة خاصة حتى يتم التفاوض على كثير من الجوانب الفنية والمالية.

حتى نصل إلى المرحلة الأخيرة، وهى متابعة تنفيذ المشروع وفقا للشروط المتفق عليها فى العقد المبرم بين الدولة، والشركة المنفذة للمشروع. حيث يقوم دور استشارى المالك بعد إرساء العقد على متابعة البرنامج الزمنى لتنفيذ المشروع، واعتماد الرسوم الهندسية والمواصفات الفنية، وذلك لضمان مطابقة التنفيذ للمواصفات الفنية المنصوص عليها فى العقد[1].

وتبرم الدولة عقودا مع هؤلاء الاستشاريين للاستفادة من خبراتهم لقاء أجر يتلقونه وقد تكون هذه العقود مؤقتة تحدد على أساسها الأجور بالساعة أو باليوم أو بالشهر ...، وقد تكون هذه العقود دائمة، ويتحدد فيها الأجر بمبلغ إجمالى أو نسبة من قيمة الأعمال، أو أجر ثابت.

ويجب أن تقوم الدولة المتعاقدة باتخاذ الإجراءات اللازمة لمراجعة تقدم عمل الاستشاريين وفقا للشروط المتفق عليها، وعادة ما تحتفظ الدولة المضيفة بحقها فى إنهاء عقود الاستشاريين إذا ثبت أن هناك إخلالاً من جانبهم فى العمل المتفق عليه، أو إذا لم يكن هناك حاجة لخدماتهم[2].

= بين ٢٤ مكتب خبرة عالمى، راجع المستشار: معتز كامل مرسى: تقرير بخصوص تجربة الكهربا، سابق الإشارة إليه، ص ٣.

(١) راجع:

C. WALKER, "AJ', SMITH, Op. Cit., P. 19.

(٢) الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٢١.

كما أن شركة المشروع تحتاج إلى اللجوء إلى الخبير الاستشارى لتقييم المشروع، وإعداد دراسة جدوى له، وتقييم الربح والخسارة، غير أن استشارى شركة المشروع، قد يكون أحد المساهمين فيها بما لديه من خبرة متخصصة، أما استشارى المالك فهو الذى سيتولى مراعاة مصالح المالك وهو الدولة أو أحد أجهزتها[١].

المطلب الثانى

عقد المقاولة

لعل من أبرز العقود التى تبرمها شركة المشروع، بصدد إقامة المشروع، هو عقد المقاولة، وهو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا، أو أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[٢].

والمقاول هو الشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يلتزم بمقتضى العقد المبرم بينه وبين شركة المشروع بتصميم وتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها، وعليه أن يصلح أى عيوب قد تظهر فى الأعمال، فهو يقوم بكافة العمليات اللازمة للمشروع، ابتداء من إعداد التصميمات، ثم تشييد المشروع، وتحديد ما يلزمه من آلات وتركيبها، ونقل التكنولوجيا اللازمة له.

ويلتزم المقاول، متى طلبت منه شركة المشروع ذلك، أن يقدم تفاصيل عن الترتيبات والوسائل التى يقترح اتخاذها لتنفيذ الأعمال، على ألا يقع أى تغيير جوهرى فى هذه الترتيبات والوسائل، بدون إخطار سابق للشركة.

---

(١) الدكتور/ عمر على جمال الدين: دور الاستشارى فى مشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات "B.O.T."، الذى عقد برعاية وزارة المالية، والبنك الإسلامى للتنمية، بالقاهرة، فى ٢٧، ٢٨ من يناير سنة ٢٠٠٢، ص ٢٨.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السابق، المجلد الأول، العقود الواردة على عمل، ١٩٨٩، ص ٧. انظر أيضا:

John Murdoch. Will Hughes: Construction contracts "Law and Mangement" 2002, P. 147. Third Edition. (Spon Press Publisheris).

ويجوز الاتفاق مع المقاول علـــى تصميم جزء من الأعمـــال، وإذا حدد العقد التزام المقاول بتصميم أى جزء من الأعمال الدائمـــة، فيتعيــن أن يقدم المقاول مستنداته إلى شركة المشروع، عـــن هــذا الجــزء مشــفوعا بالإجراءات التى يتطلبها العقد، ويكون المقاول مسئولا عـــن هــذا الجــزء، وكونه ملائما للأغراض المخصص لها حسبما هو موضح فى العقد.

ويلتزم المقاول – على نفقته الخاصة – بالحصول على ضمان التنفيذ بالمبالغ والعملات المبينة فى ملحق العطاء لتسليمه إلى شركة المشروع[١].

والأصل أن يقوم المقاول الأصلى بكافــة الأعمـــال التـــى يتطلبـــها المشروع، دون الاستعانة بمقاول من الباطن، ذلك أن عمل المقـــاول يعتمـــد على الثقة والكفاءة التى يتطلبها منه من يتعاقد معه، ولأن مشروعات الـــــ "B.O.T." – فى العادة – تحتاج إلى إمكانيات فنية وإدارية كبــيرة، قــد لا تتوافر لدى كثير من المقاولين، فعندما يتم التعاقد مع أحد المقاولين، فذلك لأن رب العمل يثق فى هذا المقاول وبما لديه من إمكانيات دون غيره، لذلك فـــإن العقد قد يتضمن شرطا يقضى بعدم استعانة المقاول الأصلى بمقـــاول مـــن الباطن.

المقاول من الباطن :

أما إذا لم يتضمن العقد شرطا يقضى بمنع المقـــاول الأصلـــى مـــن الاستعانة بمقاول من الباطن، فإنه يجوز للمقاول الأصلى أن يعهد بتنفيذ كـــل العمل، أو جزء منه إلى مقاول من الباطن، شريطة أن لا تفـــرض طبيعـــة العمل الاعتماد على كفايته الشخصية[٢].

---

(١) راجع: الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين (FIDIC): شروط عقد التشييد لأعمال البنـــاء والهندسة المصممة من قبل رب العمل، من مطبوعات مكتب الشقانى للاستشارات القانونيـــة والمحاماة، ص ٢٣.

(٢) لمزيد من التفاصيل عن اختيار والتزامات المقاول من الباطن راجع:
Uncitral – legal Guide on Drawing up international contracts for construstion of industrial works, P. 128, United Nation Publication , 1999.

والمقاول من الباطن هو كل شخص طبيعى أو اعتبارى يتعهد بتنفيذ كل أو جزء من المشروع، بناء على عقد بينه وبين المقاول الأصلى دون أن تربطه صلة عقدية مع صاحب العمل فعقد المقاولة من الباطن يبرمه المقاول الأصلى باسمه دون تدخل من رب العمل، وعلى ذلك تكون العلاقة مباشرة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن، دون أن توجد علاقة تعاقدية بين هذا الأخير، وصاحب العمل، حيث يبقى المقاول الأصلى المسئول الوحيد عن تنفيذ العمل أمام صاحب العمل، ويبقى مسئولا أيضا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل[١].

وقد نصت على هذا الحكم المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى، والتى نصت على أن: "يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى المقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

ولا تجيز اشتراطات الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) للمقاول الأصلى أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن على كل الأعمال، فإن تعاقد على جزء من الأعمال - فقط - فإن المقاول الأصلى يكون مسئولا عما يصدر من تصرفات إذا أخطأ المقاول من الباطن أو وكلاؤه أو العاملون لديه، كما لو كانت هذه التصرفات أو الأخطاء صادرة منه شخصيا[٢].

وقد تقتضى اعتبارات المنفعة العامة التى تتطلب توافر الخبرة الكافية فى المتعاقد من الباطن، أو الاعتبارات الاقتصادية الوطنية المتمثلة فى إتاحة الفرصة للشركات الوطنية للمشاركة فى تنفيذ مشروعات

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، ص ٥٣، ٥٤؛ الدكتور/ أحمد رشاد محمد سلام، سابق الإشارة إليه، ص ١١٢، ١١٣.

(٢) راجع الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين، "FIDIC"، شروط عقد التشييد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣.

الدولة، أو تفرض القوانين المحلية على المتعاقد الأجنبى مع الدولة أن يعهد بجزء من الأعمال للشركات الوطنية، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١٢/د من قرار مجلس الوزراء السعودى رقم ١٣٦ بتاريخ ١٤٠٨/٦/١٣ هـ من أن: "يلتزم المقاول الأجنبى أن يعهد إلى مقاول سعودى بما لا يقل عن ٣٠% من الأعمال المتعاقد عليها"[١].

العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن :

لما كان العقد الذى يربط المقاول الأصلى بالمقاول من الباطن هو عقد مقاولة، فإنه يخضع لأحكام عقد المقاولة، كأى عقد مقاولة.

التزامات المقاول من الباطن :

(أ) يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المتعاقد عليه مع المقاول الأصلى، حيث تقضى المادة ٦٥٠ مدنى بأن المقاول يلتزم بأن يقوم بتنفيذ العمل على وجه غير مناف للعقد.

(ب) ويلتزم المقاول الأصلى بتقديم التصميم الذى يجرى وفقا له تنفيذ العمل للمقاول من الباطن، والمقاول من الباطن يعمل مستقلا وله حرية فى تنظيم عمله، فإذا حدث منه تقاعس فى التنفيذ أو تراخ بدون مبرر فإن للمقاول الأصلى أن يوجه إليه إنذارا يحدد له فيه أجلا معقولا للعودة إلى الطريقة الصحيحة فى التنفيذ، وفقا للعقد والعرف، فإذا صار مؤكدا أن المقاول من الباطن بسبب هذا التراخى أو التباطؤ لن يستطيع أن ينجز العمل فى المدة المتفق عليها، أو التى يقضى بها العرف فإن للمقاول الأصلى أن يطلب فسخ العقد[٢].

(ج) يلتزم المقاول من الباطن بتسليم العمل فى المدة المحددة فى العقد، فإن لم تكن المدة محددة فى العقد، فيجب مراعاة العرف، فنص المادة ٦٥٠

---

[١] راجع فى ذلك: الأستاذ/ خالد بن محمد العطية، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٣.

[٢] الدكتور/ مصطفى عبد السيد الجارحى: عقد المقاولة من الباطن – دراسة مقارنة فى القانون المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٤٦.

مدنى يقضى بأن: "متى أتم المقاول العمل وضعه تحت تصرف رب العمل".

(د) يلتزم المقاول من الباطن بضمان سلامة العمل، والتزام الضمان الذى يخضع له المقاول من الباطن هو التزام عقدى، ويخضع للقواعد العامة فى كل ما لم يوجد بشأنه نص.

حقوق المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلى :

تتمثل حقوق المقاول من الباطن فى الحق فى الأجر، والحق فى التعويضات.

(أ) الحق فى الأجر: العبرة فى أجر المقاول من الباطن بالأجر المحدد فى العقد، ويجوز أن يختلف عن أجر المقاول الأصلى، فإذا لم يكن الأجر محددا صراحة فيتحدد فى ضوء قيمة عمل المقاول من الباطن.

(ب) الحق فى التعويضات: ويستحق هذه التعويضات إذا أخل المقاول الأصلى بأى من التزاماته التعاقدية، وأصاب المقاول من الباطن ضرر من جراء هذا الإخلال، ومن التعويضات ما ورد بشأنه نص خاص فى عقد المقاولة، مثل التعويض إذا تحلل رب العمل الأصلى من العقد طبقا لأحكام المادة ٦٣٣، ٢/٦٥٧ من القانون المدنى[١].

العلاقة بين المقاول الأصلى ورب العمل (شركة المشروع) :

(أ) يبقى المقاول الأصلى ملتزما بتنفيذ عقده مع شركة المشروع، وهذه قاعدة منطقية للتعاقد من الباطن، فالتعاقد من الباطن ليس تنازلا عن العقد، وبالتالى فإن مركز الطرفين فى العقد باق كما هو دائن، ومدين، فالعقد لا يلزم غير أطرافه، ولا يعتبر المقاول من الباطن ملتزما أمام شركة المشروع بتنفيذ العقد، فهو لا يحل محل المقاول الأصلى، وذلك لانتفاء العلاقة المباشرة بين شركة المشروع، والمقاول من الباطن.

---

(١) الدكتور/ أحمد رشاد محمود سلام، سابق الإشارة إليه، ص ١١٢.

(ب) يبقى المقاول الأصلى مسئولا عن المقاول من الباطن، وتنص المادة ٦٦١ من القانون المدنى المصرى على أن: "يبقى المقاول الأصلى مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل، وعلى ذلك يمتنع المقاول الأصلى عن دفع مسئوليته أمام شركة المشروع عن تنفيذ العقد الأصلى بخطأ المقاول من الباطن[١].

العلاقة بين شركة المشروع والمقاول من الباطن :

جعل القانون للمقاول من الباطن، وللعمال معه دعوى مباشرة قبل رب العمل، وفيما عدا ذلك تعتبر شركة المشروع من الغير بالنسبة للمقاول من الباطن[٢]. فقد نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٦٦٢ منه على أن: "يكون للمقاول من الباطن، وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل معه مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى، ويكون للمقاول من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى، ورب العمل"، ويتفق الفقه على أن الدعوى المباشرة حكم يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز النزول عنها مقدما فى عقد المقاولة من الباطن، أو فى عقد العمل[٣].

المطلب الثالث

عقود التمويل

تمهيد وتقسيم :

إن من أهم ما تتميز به عقود الـ "B.O.T."، أنها من عقود التمويل، ونظرا لضخامة حجم الأموال التى يحتاجها إنشاء المشروع، فإن

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور/ مصطفى الجارحى، سابق الإشارة إليه، ص ٧١ – ٧٧.

(٢) الدكتور/ محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، ص ٥٤.

(٣) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السابق، المجلد الأول، ص ٢٢٩، هامش (١)؛ الدكتور/ مصطفى الجارحى، سابق الإشارة إليه، ص ٩٣، ٩٤.

شركة المشروع لابد أن تبرم عقودا مع جهات التمويل من البنوك، وغيرها للحصول على التمويل اللازم للمشروع وتأخذ عقود التمويل عدة صور من أهمها:

١ - القروض.

٢ - مساهمة البنوك فى تأسيس الشركات المنفذة للمشروعات المنشأة بنظام الـ "B.O.T.".

٣ - التمويل عن طريق خطابات الضمان.

٤ - التأجير التمويلى.

وسنخصص فرعا مستقلا للحديث عن كل من صور التمويل سالفة الذكر.

الفرع الأول

القروض من البنوك التجارية

تمثل القروض المصدر الرئيسى لتمويل مشروعات البنية الأساسية فى أغلب الأحوال وهذا التمويل يتم الحصول عليه من السوق المالية عن طريق قروض تقدمها مصارف تجارية وطنية أو أجنبية إلى شركة المشروع.

وقد نصت المادة ٥٣٨ من القانون المدنى المصرى على أن: "القرض "عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته".

وتطبيقا لذلك يلتزم البنك عند إبرام عقد القرض بتسليم مبلغ من النقود إلى العميل على أن يرد إليه العميل هذا المبلغ عند نهاية مدة القرض ويجب على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها. ومن المهم للبنك أن يدون فى عقد القرض شروط القرض وأجله

والفائدة المستحقة عليه والضمانات التى يجب على العميل أن يقدمها للبنـــك ضمانا لسداد مبلغ القرض[١].

أهمية القروض فى تمويل مشروعات الـ "B.O.T" :

الملاحظ فعلا أن أغلب مشروعات البناء والتشغيل ونقـــل الملكيــة "B.O.T." فى العالم قد تم تمويلها - بشكل أساسى - عـــن طريـــق البنــوك التجارية، فالبنوك التجارية هى مؤسسات الإقراض الأولى التى تقبل تقديـــم القروض لمشروع يعتمد على التدفقات النقدية للمشروع مع عدم وجود حــق بالرجوع على المساهمين أو بحق محدود فقط[٢].

ففى مشروع نفق القنال Chanel, Tunnel, Project الذى يربط بيـــن كل من بريطانيا وفرنسا وقد بلغت تكلفته ٢٠ بليـــون دولار وتمتـد فـترة الامتياز إلى (٥٥) سنة ونفذته شركة مساهمة تدعـــى Euuotunnel تطــرح أسهمها فى سوق الأوراق المالية، وقد ســاهمت بنسـبة ١٩% مــن تكلفــة المشروع تقريبا، وحصلت على ٨١% كقروض من ٣١ بنكا.

وقد أقامت الصين مشروعا لمعالجة المياه فـــى "Chengdu" وتبلـــغ تكلفته الاستثمارية مائة مليون دولار تمول شركة المشروع منها ٣٠% ويتـم الحصول على الباقى فى صورة قروض من البنوك[٣].

---

(١) انظر فى ذلك أستاذنا الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: العقود التجارية طبقـــا لنصــوص قانون التجارة الجديد، رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشـــر، بـدون ســنة طبــع، ص ١٥٩؛ الدكتور/ على جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية فى قـــانون التجــارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٥٣٣؛ وأيضا الدكتــور/ عبد الفضيل أحمد محمد: العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لســنة ١٩٩٩، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ص ٣٤٠.

(2) C. Walker, A.J.S. Smith, Op. Cit., P. 90.

(٣) الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية: دراســات الجـدوى التجاريــة والاقتصاديــة والاجتماعية مع مشروعات "B.O.T." - الطبعة الثانيـــة، ســنة ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، الــدار الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٦١، ٦٦٢، ٦٦٧، ٦٦٨.

وفـــى مشـــروع "محطة توليد كهرباء شرق جاوة" بأندونيسيا والذى تعاقدت على تنفيذه شركة PT. Pation, Company، وبلغت تكلفته ٢٥٠ مليون دولار أمريكى ساهمت شركة المشروع بمبلغ ٧٠ مليون دولار تعادل ٢٨% مـــن الـــتكلفة الاستثمارية وتم تمويل (١٨٠ مليون دولار) تعادل ٧٢% عن طريق الاقتراض من البنوك[١].

وفـــى مصـــر تم.توقيع عقد إنشاء محطة كهرباء "سيدى كرير" مع شركة "إنترجين سيدى كرير جى فى ليمتد" فى الثامن من يوليو سنة ١٩٩٨ وقد بلغت التكلفة التقديرية ٤٢٠ مليون دولار ساهمت شركة المشروع منها بمـــبلغ ١١٠ مليون دولار وحصلت على قرض من البنك الأهلى المصرى والبـــنك التجارى الدولى المصرى بمبلغ ١٨٠ مليون دولار لمدة (١٥ سنة) كمـــا حصـــلت على قرض من بنك (سوستيه جزال "باريس") بمبلغ (١٣٠) مليون دولار لمدة (١٢ سنة)[٢].

ونظرا لأن مشروعات الـــ "B.O.T." تتعلق غالبا بمشروعات البنية التحتية طويلة المدى فإنه يمكن الاستفادة من قروض البنوك التجارية قصيرة المـــدى علـــى فـــترات بـــناء المشـــروع وتشغيله بجانب الأموال الأخرى للمشـــروع، والغالب أن يتم حصـــر سحب القروض فى مدة محدودة خلال فـــترة الإنشـــاء، والمـــبالغ التى تبقـــى بعد السحب فى نهاية تلك الفترة يتم خصـــمها من قيمة القرض، ولا يجوز لشركة المشروع سحبها حتى ولو لم يكـــتمل المشـــروع، ومن هنا يكون للممولين أو المقرضين حق الرقابة على شركة المشروع لإنجاز المشروع فى الوقت المحدد.

---

(١) رشـــدى صـــالح عـــبد الفـــتاح: دور البـــنوك فى تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام "B.O.T."، ورقـــة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، المنعقد بمقر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، القاهرة فى ٢٨، ٢٩ أكتوبر سنة ٢٠٠٠، ص ١٠.

(٢) تحقـــيق منشور فى مجلة "المصور" المصرية، العدد رقم ٤٠٤٦٥، فى ٢٠٠٢/٤/٢٦، ص ٢٨ – ٣٠.

ولما كانت مشروعات البنية الأساسية التى يمولها القطاع الخاص تستدعى حجما ضخما من الاستثمار، فإنه كثيرا ما تنظم القروض على شكل قروض مجمعة "Syndicate"، يتولى بشأنها بنك أو أكثر التفاوض على مستندات التمويل نيابة عن المؤسسات المالية الأخرى المشاركة والتى هى - فى أغلبها - مصاريف تجارية.

وتقدم البنوك القروض التجارية عادة بشرط أن يحظى سدادها، بأسبقية على سداد حقوق أى مقرض آخر، ولذا يقال أن القروض التجارية هى قروض "مقدمة" أو "غير تابعة".

أنواع القروض التى تقدمها البنوك :

ومن الممكن تقسيم القروض التجارية إلى قروض "مضمونة" Recource, Basis وقروض "غير مضمونة" Non Recource, Basis.

فالقروض المضمونة تكون فى الأحوال العادية - مكفولة بضمانات إضافية يقدمها المقترض، ومنها مثلا حصص مساهمة فى شركة المشروع، أو ممتلكاتها أو مستحقاتها إذ أن قدرة المقترض على تقديم مثل هذه الضمانات تحدد مدى جدارة المقترض بالائتمان من ناحية، وتحد - من ناحية أخرى - من المخاطر التى يتعرض لها المقرضون مما يقلل التكلفة التى يمنح بها الائتمان.

أما القروض (غير المضمونة) فهى قروض غير مكفولة بأى ضمان يقدمه المقترض، وتقدم عادة بناء على جدارة المقترض بالائتمان، بيد أنه فى هذه الحالة يسعى المقرضون إلى الحد من المخاطر التى يتوقعون التعرض لها إلى أدنى حد ممكن، لذلك فإنهم كثيرا ما يشترطون الحصول على تعهد من المقترض بأن موجوداته الصافية لن تقدم ضمانا لصالح طرف آخر

تفضيلا له عن الدائنين غير المضمونين ويعرف هذا التعهد بـ "الضمان السلبي"[١].

ويكون للدين الرئيسي "رأس مال الديون" الأفضلية على جميع موجودات المشروع، ويجب تسديدها أولا - حسب الاتفاق وبعد الوفاء بمتطلبات الدين الرئيسي، يمكن دراسة مطالبات الديون الأخرى، وفي هذه الحالة فإن الدين الرئيسي يحمل أول المخاطر بين جميع أنواع رأس المال[٢]. وتقوم شركة المشروع بجمع ما يلزمه من تمويل الدين أو الاقتراض من مقرضي القطاع الخاص والمؤسسات المالية الثنائية والمتعددة الأطراف ويمكن في بعض الأحيان أن يكون الإقراض على أساس "عدم الحق في الرجوع" Project Finance Without Recourse حيث لا يكون للمقرضين الحق في أي رجوع مالي مباشر على رعاة المشروع الذين سيملكون الشركة أو على ضمان الحكومة المضيفة للدين كله.

ومع ذلك فلعله أكثر دقة التحدث عن تمويل مشروعات الـ "B.O.T." باعتبارها قائمة على أساس (حق الرجوع المحدود)، Project Finance With A limited Recourse حيث يكون حق الزجوع متاحا على شركة المشروع وأصولها بما في ذلك العقارات والمنشآت والمعدات والحقوق التعاقدية وضمانات التنفيذ بالكامل والتأمين والضمانات الحكومية وغير ذلك من الالتزامات الأخرى الخاصة بشركة المشروع[٣].

---

(١) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، الدورة الحادية والثلاثون، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي، ١ - ١٢ يونيو ١٩٩٨، ص ١٣، ١٤، باللغة العربية.

A/CN. 9/ 444/ Add. I Arabic

(٢) انظر:

UNIDOI, "B.O.T." GUIDELINES, Op. Cit., P. 181.

(٣) راجع: منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) إرشادات بشأن صياغة ومفاوضات وتعاقدات مشروعات نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، (نسخة عربية)، بدون سنة إصدار، ص ١٣.

وعادة ما تكون هذه الضمانات محدودة من حيث الفترة الزمنية لحين إنشاء المشروع وبدء تشغيله التجارى وينقلب التمويل بعد ذلك إلى تمويل دون حق الرجوع والهدف من الحصول على ضمانات فى المرحلة السابقة على التشغيل وهى مرحلة تشييد وإنشاء المشروع هو الحد من المخاطر المرتبطة بالإنشاء والتشييد[١].

أساس تمويل مشروعات الـ "B.O.T." :

إن أهم أصل يقوم عليه أساس التمويل هو عادة الحق التعاقدى لشركة المشروع فى تلقى الإيرادات على نحو يعتبر كافيا لتغطية التمويل، ويمكن أن يكون هذا الأصل فى حالة محطة للطاقة فى شكل اتفاقية لشراء الطاقة طويل الأجل، وقد يتمثل ذلك فى الحق الوارد فى اتفاقية الامتياز المبرم مع الحكومة المضيفة فى تشغيل مرفق من مرافق الرسوم التى يتم الحصول فى مقابل استخدامها على رسوم لعدد من السنين كالمرور على الطرق السريع وهذا الأصل الأخير يعد أصلا قائما على أساس السوق جزئيا، لأن الإيرادات تعتمد على حركة المرور فى المستقبل، وليس على أساس تعاقد يدر إيرادات ثابتة. وهناك حالات يمكن أن تكون فيها (أصول تعاقدية) أخرى هى الأساس للمشروع، ومثال ذلك تعاقد لتوفير إمدادات من سلعة ضرورية بأقل من أسعار السوق، مثل توفير البترول لمحطة الطاقة. فهذا يعتبر الأصل الأهم الوحيد للمشروع.

وعلى كل حال يجب أن يكون المقرض للمشروع مقتنعا بأنه سوف يحقق إيرادات كافية بحيث يضمن سداد الديون فى الوقت المناسب[٢].

---

(١) الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.O.T."، كتاب الأهرام الاقتصادى، العدد ١٧٧ أول سبتمبر ٢٠٠٢، ص ١٠٤، ١٠٥.

(٢) إرشادات اليونيدو، سابق الإشارة إليها، ص ١٤.

إجراءات التمويل عن طريق القروض :

لما كان تمويل المشروعات التى تنشأ بنظـــام الـــ "B.O.T." مـــن الأنظمة الجديدة بالنسبة للبنوك فإن هناك عدة إجراءات يلـــزم عملـــها مـــع مراعاة القواعد التى تحكم الاستثمار أو الإقراض - فى هذا الشأن.

وفى حالة طلب شركة المشروع التمويل مـــن البنك، يتـــم دراســـة الطلب المقدم من الشركة وإعادة دراسة الجدوى الاقتصـــادية المقدمـــة أو إعداد دراسة بمعرفة البنك.

ولما كان تمويل المشروعات المنشأة بنظـــام ألـــ "B.O.T." مـــن الأنشطة الحديثة بالنسبة للبنك فإنه يتعين التعامل معـــها وفقـــا للاعتبـــارات الآتية:

(١) دراسة طلب التمويل المقدم من الشركة وفق كل حالة وطبيعتها ونوعيـــة النشاط والضوابط التى تحكمه، فى ضوء اعتبارات الملائمـــة وحجـــم السوق وغيرها.

(٢) أن تمويل هذه المشروعات يعد أداة تمويلية حديثة، تقـــوم علـــى فكـــرة تمويل المشروع بضمان السداد من العائدات المتحققـــة منـــه، وينظـــر المقترضون إلى التدفقات النقدية CASH, FLOW كمصدر لتسديد الديـــن المقدم، وأيضا إلـــى موجودات المشـــروع وفـــى ضـــوء الضمانـــات الحكومية المقدمة للمشروع.

(٣) يهتم البنك بالضمانات التى يمكن التنفيذ عليها لاسترداد حق البنك - فـــى حالة عدم السداد - لاسترداد حق البنك ونظرا للنوعية المختلفة لمثل هذه المشروعات يمكن الاعتماد على الضمانات المستخدمة وتختلف حســـب نوع المشروع وطبيعته، فمثلا يقبل البنك الرهـــن التجـــارى لأصـــول المشروع. ويمكن للبنك وفاء لحقه الحصول على الإيرادات التى يدرهـــا المشروع مباشرة مثل الرسوم والعوائد عن طريق - حوالـــة الحـــق -

وذلك عن طريق إبرام عقد ثلاثى الأطراف بين البنك والمشروع والمستفيد[١].

دور المؤسسات المالية الدولية فى منح القروض لمشروعات الـ "B.O.T." :

أحيانا تتردد البنوك التجارية فى توفير التمويل اللازم لمشروعات البنية الأساسية، وتفضل التركيز على مشروعات المدى القصير، نتيجة لذلك تتجه مشروعات البنية الأساسية إلى الحصول على القروض من جهات تمويلية أخرى، من أهمها المؤسسات المالية الدولية، وهيئات المساعدة الثنائية ومتعددة الأطراف، وهيئات تسليف الصادرات، وسنتحدث عن كل منها - فيما يلى - بشىء من الإيجاز:

المؤسسات المالية الدولية :

ومن أهمها البنك الدولى، وشركة التمويل الدولى (L.F.C.)، ووكالات التنمية المحلية، مثل البنك الأوربى للإنشاء والتنمية (E.B.R.D.)، وبنك التنمية الأسيوية (A.D.B.)، بينما تقوم وكالات القروض التصديرية (ECGD) فى بريطانيا وبنك (EXM) فى الولايات المتحدة، والشركة الإسلامية للتأمين على الاستثمار والقروض التصديرية (I.C.I.E.C.)، تقوم هذه الوكالات بدور هام فى زيادة تمويل مشروعات البنية الأساسية، وتساهم مشاركة مثل هذه المؤسسات فى إزالة بعض المخاوف المتعلقة بالمخاطر الكامنة فى الدولة المضيفة، خاصة مخاطر السيطرة السياسية، والتى تعتبر من أهم المخاطر التى تواجه مشروعات الـ "B.O.T."[٢].

وقد تؤدى المؤسسات المالية الدولية أيضا دورا هاما باعتبارها مقدمة للقروض أو الكفالات المصرفية للمشروعات الممولة من القطاع

---

[١] راجع فى ذلك: رشدى صالح عبد الفتاح، سابق الإشارة إليه، ص ١٠.

[٢] انظر فى ذلك:

ANTONI, BASILY: Investment Opportunites for small and mudiumsized banks and investment arrangers in PFI / BOT projects", A paper presented in the international, "B.O.T." Conference, Cairo (41 – 61 Nouv.) 1999, P.P. 3, 4.

الخاص، وقد تم تمويل عدد من المشروعات من جانب البنـــك الدولـــى، أو مؤسسة التمويل الدولية أو مصارف إئتمانية إقليمية[١].

هيئات المساعدة الثنائية ومتعددة الأطراف كمصدر للتمويل :

هذه الهيئات تقوم بتمويل المشروعات لفترات طويلـــة تزيـد علـــى عشرين عاما، ومن أمثلة هذه الهيئات الوكالة الأمريكية للتنميـــة (USAID)، وهيئة التمويل الكندية الدولية (C.I.D.A.)، وإدارة التنمية لما وراء البحار فى المملكة المتحدة "O.D.A."، والبنك الدولى، وبنك التنمية الأسيوى (A.D.B.)، والبنك الأوربى للإعمار والتنمية (E.B.R.O.)٠

وهذه الهيئات تقدم تمويلها إلى الحكومات وشركات القطاع الخـــاص، على حد سواء، ولكنها تطلب ضمانات حكومية لتمويل القطاع الخاص[٢].

هيئات تسليف الصادرات كمصدر للتمويل :

تعود ملكية هذه الهيئات إلى الحكومة، وتركز نشاطها فـــى ترويـــج وتشجيع صادرات دولها، وتقوم بتقديم القروض طويلة المدى، لذا تعد مـــن أهم مصادر تمويل مشروعات ألـــ "B.O.T."، وهذه الهيئات شـــأنها شـــأن البنوك التجارية تتطلب ضمانا وكفالات لتقديم القروض، إلا أنها تتميز عـــن تلك البنوك بمرونة شروطها، لتلائم مشروعات البنية الأساسية التى تستغرق مدة طويلة[٣].

---

(١) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، لجنة القانون التجارى الدولى، سابق الإشارة إليه، ص ١٥.

(٢) الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: الطبيعة القانونية لعقـــود ألـــ "B.O.T."، ص ١٧٨، ١٧٩.

(٣) الأستاذ/ خالد بن محمد العطية، سابق الإشارة إليه، ص ٣٦.

الفرع الثانى

مساهمة البنوك فى شركة المشروع

إلـــى جانب قيامها بالتمويل عن طريق تقديم القروض، قـــد تدخـــل البنوك كمساهم فى شركة المشروع فعلى سبيل المثال يتم تمويـــل مشـــروع المياه التركـــى الـــذى تبلـــغ تكلفتـــه ٧٠٠ مليـــون دولار بنســـبة (٨٥%) قروض، و (١٥%) أسهم عادية، وفى مشروع خط انتقال مطــــار أورلـــى بفرنسا حيث يتم ربـــط المطار بوسط (باريس) بخط سكة حديدى صغـــير، كذلك فى مشروع القناة الإنجليزية اختارت البنوك أن تكون من المســـاهمين فى المشروع إضافة إلى قيامها بإقراض المشروع[١].

وتعتبر صيغ التمويل بالمساهمة البديل الأفضل لأســـاليب التمويـــل التقليدية، حيث تجتمع فيها العديد من المزايا الاقتصادية غير أن هذه الصيـــغ لا تصلح فى الواقع العملى إلا فى المشاريع التى تـــدر دخلا يمكن تقاســـمه بين الشركاء أو المستثمرين فى المشروع، أمـــا المشروعات التـــى لا تـــدر دخلا فلا يكن تمويلها على أساس المساهمة فى شركة المشروع، لذلك فـــإن هذه الصيغة هى الأنسب لتمويل المشروعات المنشأة بنظام ألـــــ "B.O.T."، والتى تدر عائدا[٢].

ويعد البنك الأهلى المصرى من أول البنوك التى ساهمت فى إنشـــاء شركات متخصصة فى هذا الغرض منها:

- شركة محطة حاويات السويس وقد ساهم البنك بنسبة (٥%) مـــن قيمـــة الأسهم البالغة ٥٥ مليون دولار.

---

(١) انظر:

Faye Levin: Op. Cit., P. 21.

(٢) الدكتور/ سعيد بن سعد المرطان: تجربة البنك الأهلى التجارى فى تعبئة المدخرات لتمويـــل مشاريع البينة التحتية، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلى فـــى تمويل المشروعات الاقتصادية والمنعقدة فى (جدة) فى الفـــترة مـــن ١١ – ١٣/١٠/١٩٩٩، مركز النشر العملى – جامعة الملك عبد العزيز، ص ٤٣.

- الشركة المصرية للاستثمار العمرانى والتشييد، وساهم البنك بنسبة ١٠% من رأس مالها.

- الشركة المصرية العالمية للتنمية العمرانية وساهم فيها البنك بقيمة ١٥% من رأس مالها.

- الشركة العالمية للمشروعات البنية الأساسية والتشييد، وساهم البنك بنسبة ١٠% من رأس مالها.

وهناك مشروعات أخرى تساهم فيها بعض البنوك مثل:

- شركة المشروعات للاستثمار والتنمية التى تساهم فيها بعض بنوك الاستثمار.

- كما أن هناك عددا من البنوك والمؤسسات المالية وافق على المساهمة فى الشركتين اللتين ستقومان بتنفيذ جراجى (الدراسة) وميدان (مصطفى محمود بالمهندسين)، وهى بنوك (المهندس، ومصر /إيران للتنمية، والشركة المصرفية)[١].

وعند المساهمة فى إنشاء شركات تعمل بنظام ألـ "B.O.T."، يتبع البنك الإجراءات التالية:

- يقوم البنك بإعداد دراسة مبدئية بالاتفاق مع المؤسسين.

- يتم تحديد نسبة مساهمة البنك وفقا للسياسة الموضوعة من قبل مجلس الإدارة، حسب نوع النشاط وحجمه والعائد المتوقع منه وقوة التنفيذ، واعتبارات تتعلق بالمؤسسين وغيرها، فيما يتجاوز الضوابط القانونية.

- يتولى البنك القيام بأعمال وكيل المؤسسين وتلقى الكتابات وغير ذلك حتى يتم إنشاء الشركة ومزاولتها لوظائفها واستمرار الإشراف والمتابعة باعتباره من المساهمين.

---

(١) راجع: رشدى صالح عبد الفتاح، البحث سالف الذكر، ص ٩.

الفرع الثالث

التمويل من خلال خطابات الضمان المصرفية

تعد خطابات الضمان المصرفية من أهم صور الائتمان المصرفي المعاصر فهى عامل هام ومؤثر فى تنشيط حركة التجارة الداخلية والدولية على السواء وقد أصبحت أداة ائتمان فعالة ومقبولة كضمان لجدية العروض المقدمة من المشاركين فى المناقصات والمزايدات، كما أصبحت خطابات الضمان أداة مثلى لحسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وقد عرفت الفقرة الأولى من المادة (٣٥٥) من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ خطاب الضمان بأنه تعهد مكتوب يصدر من بنك بناء على طلب شخص يسمى (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى (المستفيد) إذا طلب ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ودون الاعتداد بأية معارضة.

كما عرف الفقه خطاب الضمان تعريفات عديدة[1]، لعل أكثرها دقة ذلك الذى عرفه بأنه: "تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن - بناء على طلب عميله "الآمر" بشأن عملية محددة أو غرض محدد يلزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث "المستفيد" مبلغا معينا من النقود عند أول طلب منه سواء أكان طلبا مجردا أو مصحوبا بتقديم مستندات محددة فى الخطاب

---

(١) انظر بعض هذه التعريفات لدى الأستاذ الدكتور/ على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢ : ٥؛ الدكتور محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، الجزء الثانى، عمليات البنوك - الإفلاس، مكتبة النصر بجامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٤٧ - ١٤٩؛ الدكتور محمد عبد الحميد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٢ - ١٩٦؛ الدكتور/ عبد الفضيل أحمد محمد، سابق الإشارة إليه، ص ٣٥٣. وفى الفقه الفرنسى انظر:

- GAVALDA Ida et STOUFFSLE, La lettre de garantie intenational revtrim, Droit comm. 1980. P. 10.
- Rives, Lange et contanine raynaud,. Droit Bancaire, 1987, P. 518.

يقدمها المستفيد خلال أجل محدد - عادة - أو غير محدد فى أثناء سريان أجله رغم أى معارضة من العميل المضمون أو البنك الضامن".

أهمية خطاب الضمان فى المشروعات المنفذة بنظام الـ "B.O.T." :

إن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى عقود إنشاءات تتم عن طريق المناقصات وتقديم العطاءات سواء تعلق الأمر بأشغال عامة تتم لحساب الحكومة أو المؤسسات والهيئات العامة أو لحساب القطاع الخاص، وعادة لضمان الجدية يلزم إيداع تأمين نقدى للدخول فى المناقصة، ولا شك أن اقتطاع جانب من السيولة النقدية من "المستثمر" أو "المقاول"، "المصدر" تبعا لنوع العملية التى يقدم التأمين النقدى بمناسبتها يؤدى إلى تجميد الأموال التى يسعى "التاجر" دائما إلى تشغيلها لذلك اتجه التفكير إلى قيام البنوك بإصدار خطابات الضمان لتحل هذه الخطابات محل هذا التأمين فالبنك يتعهد بمقتضى هذا الخطاب بدفع مبلغ معين عند أول طلب يقدم إليه من المستفيد الذى صدر الخطاب لصالحه وذلك إذا قدم هذا الطلب خلال المدة المحددة لصلاحية الخطاب.

وعلى ذلك يرتب خطاب الضمان فوائد لكل الأطراف التى تتعامل مع خطاب الضمان.

فبالنسبة إلى العميل يؤدى خطاب الضمان باعتباره أداة ائتمان إلى خلق ائتمان حقيقى دون تجميد لمبلغ الضمان بعكس حالة التأمين النقدى التى تلزم العميل بتقديم مبلغ نقدى معين يوازى نسبة معينة من قيمة العطاء لضمان جديته أو ضمانا لحسن التنفيذ.

كما أن خطاب الضمان يحقق فائدة للبنك الذى يتقاضى عمولة نظير إصداره وتحدد قيمة العمولة بالنسبة إلى قيمة خطاب الضمان ومدته ونوعية الالتزام المضمون والمخاطر التى تعود على البنك نتيجة إصدار الخطاب.

وإصدار خطاب الضمان من بنك موثوق فيه يخلق لدى المستفيد قناعة أكيدة بجدية العطاء المقدم أو بأن العمل الذى يتعاقد عليه سيتم وفقا

للمواصفات الفنية المرعية فى تنفيذ المقاولات أو الأعمال التى طرحها المستفيد فى سوق المقاولات أو التوريدات المختلفة[١].

أنواع الضمانات التى يغطيها خطاب الضمان فى المشروعات المنفذة بنظام "B.O.T.":

فى غالبية عقود الإنشاءات الدولية يشترط على المنفذ أن يقدم الضمانات الآتية[٢]:

ضمانات خاصة لتقديم العروض أو العطاءات :

والهدف من هذا الضمان هو التأكد من قبل صاحب العمل بجدية العطاء أو العرض المقدم من شركة المشروع وأنها تتمتع بالقدرات الفنية والمالية لتنفيذ العطاء وأنها قادرة فى المراحل التالية على تقديم ضمانات حسن التنفيذ وأنها لن تتراجع عن عرضها خلال فترة العرض وتتراوح قيمة هذا الضمان بين ١ و ٢% من قيمة العطاء فى غالبية العروض الدولية.

ضمانات خاصة لمواجهة الدفعة المقدمة :

وهو ضمان أو تأمين مقابل استرداد أو ضمان الدفعة المقدمة والتى غالبا ما يلزم بها صاحب العمل عند توقيع العقد وقبل بدء التنفيذ فى مواجهة شركة المشروع وغالبا ما تتراوح قيمة هذه الدفعة ما بين ٢٠% إلى ٣٠% من قيمة العطاء وتخصص لتمويل احتياجات المقاول من المواد والأجهزة والتعاقد مع المقاولين من الباطن والموردين.

---

(١) الدكتور/ على جمال الدين عوض: خطابات الضمان المصرفية، ص ٩، ١٠.

(٢) الدكتورة/ زينب حسين عوض الله: عقد المقاولة المقترن باقتراحات تمويلية، بحث ضمن مجموعة أبحاث بعنوان: "مقاولات الأعمال المدنية"، من إصدار مكتب الشلقانى للمحاماة والاستشارات القانونية، ١٩٩٥، ص ٧٦، ٧٧.

ضمانات حسن التنفيذ :

وهى ضمانات يقصد بها تعويض صاحب العمل ضد المنفذ فى حالة عدم التنفيذ طبقا لما هو وارد فى العقد أو العجز عن التنفيذ. ويختلف قيمة هذا الضمان بحسب طبيعة ونوعية السوق.

ضمانات تحفظية :

حيث يخصم صاحب العمل من المنفذ، ما يتراوح ما بين ٥% إلى ١٠% من قيمة الدفعات أو المستخلصات، مقابل تأمين الأعمال وهو ضمان تكميلى لكفاءة أو حسن التنفيذ[١].

الفرع الرابع

التأجير التمويلى

التأجير التمويلى هو صورة من صور التمويل العينى حيث يقوم المؤجر وهو عادة مؤسسة تمويلية متخصصة بشراء المعدات والآلات التى يحتاجها ويحددها المستأجر (شركة المشروع) وفقا للمواصفات التى يعينها ويحددها الأخير على أن يقوم المؤجر بتأجير هذه المعدة أو الآلة إلى المستأجر مقابل الأجرة ويلتزم المستأجر بسداد مقابل الأجرة وعادة يستمر عقد الإيجار لمدة محددة حتى يتم سداد مقابل الآلة أو المعدة بالكامل وعلى نحو يكفى كذلك لسداد الفوائد والعمولات المستحقة لشركة التأجير التمويلى، فالتأجير التمويلى ليس إيجارا بالمعنى التقليدى وإنما هو آلية من آليات التمويل ويختلف التأجير التمويلى عن القرض فى أن المؤجر يتملك المعدة طوال مدة الإيجار وهذا يحقق له ضمانة إضافية وإن كان يجوز الاتفاق وهو فى الغالب من الأحوال على نقل تبعة الهلاك إلى عاتق المستأجر وبالتالى

---

(١) الدكتورة/ زينب حسين عوض الله، سابق الإشارة إليه، ص ٧٦، ٧٧.

يلتزم المستأجر بسداد قيمة الآلة أو المعدة بالكامل فى حالة هلاكها وعدم استبداليا بالإضافة إلى العمولات والفوائد المستحقة[١].

وبطبيعة الحال فإنه لا يتصور عملا اللجوء إلى التأجير التمويلى كوسيلة وحيدة لتمويل المشروع ككل، وإنما يمكن اللجوء إليه فقط لتمويل جزء من المشروع فيما يتعلق ببعض الآلات والمعدات[٢].

أهمية التأجير التمويلى بالنسبة لشركة المشروع :

يحقق التأجير التمويلى مزايا مهمة لشركة المشروع إذ يتيح لها فرصة السيطرة والإشراف على المشروع ككل مع الحد من تدخل الجهات التمويلية كذلك فإن تكاليف التأجير التمويلى تقل عادة عن تكاليف عقود القرض العادى كما يحقق التأجير التمويلى ميزة ضرائبية أساسية إذ لا تخصم تكاليف عقوده باعتبارها مصاريف تشغيل ولا يعتبر سداد الأجرة ثمنا ومن ثم تدخل الأجرة ضمن تكاليف التشغيل وتخصم من أرباح شركة المشروع[٣].

كما تنقل شركة المشروع عن - طريق التأجير التمويلى - مخاطر انخفاض القيمة الخاصة بالمعدة على عاتق المؤجر (المؤسسة التمويلية).

---

(١) الدكتور/ على جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ٥٩١، وأيضا: الدكتور/ هانى محمد دويدرا: النظام القانونى للتأجير التمويلى، ١٩٩٤، ص ٥٠. وانظر أيضا:

J. Calais – Le contrat de leasing (Actutite de L`entreprise – momtpellier – 1972),

(٢) انظر فى المزايا التى تتحقق للمستفيد من عقد الإيجار التمويلى: الدكتور/ على سيد قاسم: الجوانب القانونية للإيجار التمويلى، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١٢ - ٢١.

(٣) الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، كتاب الأهرام الاقتصادى، العدد ١٧٧ فى سبتمبر ٢٠٠٢، ص ١٠٧.

أثر تمويل المشروعات المنفذة بنظام الـ "B.O.T." عن طريق القروض على مصادر التمويل المتاحة من القطاع المصرفي :

قد يثور التخوف من أن تمويل مشروعات نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية عن طريق الاقتراض من البنوك المحلية من شأنه أن يؤثر بالسلب على مصادر التمويل المحلي سواء بالجنيه المصري أو بالعملة الأجنبية والمتاحة من القطاع المصرفي وأن الشركات الأجنبية التي سيتم التعاقد معها وفقا لهذا النظام سوف تتجه إلى البنوك المحلية للحصول على كامل التمويل اللازم لتنفيذ العقد ثم تحول أرباحها إلى الخارج دون أن تتحمل الشركة أي تمويل ذاتي من جانبها[١].

لمناقشة ذلك، يمكن القول أن الشركات التي تتعاقد مع الدولة لتنفيذ مشروعات ألـ "B.O.T."، قد تكون شركات أجنبية أو فروعا لشركات أجنبية خالصة دون أي مشاركة من رأس المال المحلي، وقد تكون شركات مختلطة، يشارك فيها رأس المال المحلي وتخضع للقانون المصري[٢].

---

(١) تهدف الحكومات من مشروعات "B.O.T."، إلى تشجيع المستثمرين على جلب أموالهم من الخارج للاستثمار في تلك المشروعات ولكن الذي حدث في مصر أن المستثمرين الأجانب وجدوا فرصة استغلوها للاقتراض من البنوك المصرية لتمويل إقامة تلك المشروعات مما أثر سلبا على مصادر التمويل المحلي بالعملة الأجنبية.

فعلى سبيل المثال تبين من مراجعة مشروع شرق التفريعة التي تصل تكلفته إلى ٤٠٠ مليون دولار أن الحكومة المصرية تحملت ٣٠٠ مليون دولار. كما أن الشركة الأمريكية التي قامت بتمويل إنشاء محطة توليد كهرباء (سيدي كرير ١، ٢) قامت باقتراض ١٧٢ مليون دولار من البنوك المصرية لاستيراد المعدات والمهمات الكهربائية اللازمة من الخارج. (راجع: مجلة المصور المصرية)، العدد رقم ٤٠٤٦ – ٢٦ أبريل ٢٠٠٢، ص ٢٨ – ٣٠.

(٢) انظر في ذلك: الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضي: الطبيعة القانونية لعقود الـ "B.O.T."، ص ١٧٦، ١٧٧؛ المستشار/ محمود فهمي: مخاوف البورصة والبطالة من الـ "B.O.T."، مقال بمجلة الأهرام الاقتصادي، العدد ١٦٣٧، في ٢٣ مايو ٢٠٠٠، ص ٢٣.

هذه الشركات والفروع عندما تتقدم لطلب الاقتراض من البنوك لتمويل المشروعات التى تتعاقد مع تنفيذها يجب أن تخضع لمعايير الجدارة الائتمانية المطبقة لدى البنوك المختلفة وتحت رقابة البنك المركزى وطبقا للضوابط التى يضعها فيما يتعلق بنسبتى الاحتياطى والسيولة بالعملة المحلية والأجنبية التى يجب توافرها لدى البنوك المختلفة، وكذا فيما يتعلق بضوابط وقواعد وشروط منح الائتمان والحدود القصوى لمنح القروض بالنسبة للعمل الواحد أيا ما كان نوع المشروع المطلوب من أجله القرض أو الائتمان، فطالما أن الشركة أو الفرع سوف يستوفى هذه الشروط وطالما أن البنك مانح القرض سوف يلتزم بقواعد وضوابط ونسب الاحتياطى من السيولة المحددة من البنك المركزى فلا خوف على مصادر التمويل المتاحة من جانب الجهاز المصرفى . فلا خوف أن تستولى الشركات المتعاقدة بتنفيذ مشروعات الـ "B.O.T." على الجانب الأكبر من تلك المصادر .

أما فى حالة الشركات أو فروع الشركات الأجنبية الخالصة والتى لا يشارك فيها رأس المال الوطنى أو التى تكون نسبة مساهمته فيها لا تمثل الأغلبية فإنه يمكن إزالة هذا الخوف بالنص فى عقود الـ "B.O.T." التى يتم إبرامها على نسبة معينة توفرها الشركة عن طريق التمويل الذاتى من رأس مالها أو زيادة رأس مالها وتحديد نسبة أخرى لكى تمول عن طريق القروض أو السندات التى تطرح للجمهور سواء بالعملة المحلية أو الأجنبية وبعد أن تتم دراسة المشروع دراسة علمية متأنية للتأكد من جدارته الائتمانية وأن تؤخذ على الشركة الضمانات المصرفية الكافية والتى تغطى مبلغ القرض وفوائده وعمولاته وجميع مستحقات البنك من تخلف الشركة أو تعثرها فى السداد وبذلك يمكن استبعاد أى تأثير سلبى قد يترتب على لجوء الشركات المتعاقدة لتنفيذ المشروعات بنظام الـ "B.O.T." على مصادر التمويل المحلية سواء بالعملة المحلية أو الأجنبية المتاحة من جانب الجهاز المصرفى[١].

---

(١) المستشار/ محمود فهمى: بحث فى عقود الـ "B.O.T."، وتكييفها القانونى معدلا فى ٢٠٠٠/٤/٢٧، مقدم إلى مؤتمر البوت، القاهرة، ٢٠٠٠ حتى ٢٧، ٢٨.

المطلب الرابع

عقد التأمين

عرف الفقه التأمين بأنــه عملية يحصل بمقتضاها أحــد الطرفيــن، وهو المستأمن نظير دفع مبلغ معين وهو القسط على تعهد لصالحه أو للغـير في حالة تحقق خطر معين - من الطرف الآخر، وهو المؤمن الذى يتحمــل على عاتقه مجموعة من المخاطر يجرى المقاصــــة بينــها وفقــا لقوانيــن الإحصاء[١].

وتتجلى أهمية التأمين بالنسبة للمشــروعات المنشــأة بنظــام الـــ "B.O.T."، بسبب المخاطر المتنوعة التى تتعرض لها هــــذه المشـــروعات الاستثمارية، سواء أثناء التشييد أو التشغيل، ونظرا لأنها مخاطر قد تفـــوق طاقة الدولة المضيفة للاستثمار، والقــائمين علــى المشــروع مــن مــلاك ومقاولين، ومقرضين، فإن التغطية التأمينية، للمخاطر التى قد تتعرض لـــها تلك المشروعات تعد أمرا مهما بحيث لا يمكن الاستغناء عنه.

ويتنوع التأمين بحسب نوع المخاطر التى قد تتعـــرض لـــها هــذه المشروعات حيث هناك التأمين ضد الحوادث التى تصيب منشآت المشـــروع ومعداته، والتأمينات التى تستهدف تعويض العمال، والتــأمين ضـــد توقــف الأعمال، وضـــد تجاوز التكاليف المتوقعة، وضد انقطاع التدفـــق النقـــدى، ويمكن عقد هذه التأمينات فى أسواق التــأمين التجاريــة، وإن كــانت هــذه الأسواق تقصر عن تغطية المخاطر السياسية، ومخــــاطر القـــوة القــاهرة، (كالحرب وحوادث الشـــغب والتخريب، والـــزلازل والأعــاصير)، إلا أن

---

(١) انظر:

HEMARD "J.": Théorie et prtique des assurances terrestres, Paris, 1924, T. I., P. 73, 74.

وفى الفقه المصرى انظر: الدكتور/ عبد المنعم البدراوى: التأمين، طبعة ١٩٦٢، ص ١٣؛ الدكتور/ نزيه محمد الصادق المهدى: عقد التأمين، دار النهضـــة العربيـــة، ١٩٩٢، ص ٧؛ الدكتور/ أحمد شرف الدين: أحكام التأمين - دراسة فى القانون والقضاء المقـــارنين، بـــدون ناشر، الطبعة الثالثة، ١٩٩١، ص ١١ وما بعدها.

بعض أسواق التأمين الخاصة قد بدأت الاهتمام بتغطية بعض أنواع المخاطر السياسية التى قد تتعرض لها مشروعات الـ "B.O.T."، مثل القيود على تحويل العملة، أو نزع الملكية، أو التأميم، أو المصادرة، أو فرض الحراسة والاستيلاء، وتجميد الأرصدة، بالإضافة إلى خطر الحروب والاضطرابات المدنية، ويمكن توفير التأمين ضد هذه المخاطر عن طريق المؤسسات المالية الدولية، كالبنك الدولى أو وكالة ضمانات الاستثمار المتعددة الأطراف "MIGA"[(١)]، أو المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات[(٢)].

وقد يكون من مصلحة جميع الأطراف سواء فى ذلك شركة المشروع أو البنوك، ومشغلوا المشروع، وموردو المواد، والشخص العام المتعاقد - التنسيق فى عملية التأمين، حتى لا يكون هناك تكرار لنفس العملية من قبل أطراف متعددة بالإضافة إلى تخفيف تكاليف التأمين على كل طرف، ويفضل أن يتم التأمين لدى شركة واحدة حتى يسهل الحصول على خصم، وحتى يتم حصر كل مصاعب التأمين فى جهة واحدة[(٣)].

ومن ناحية أخرى قد تشترط الحكومة على شركة المشروع إبرام عقود تأمين على الأعمال، كالتأمين ضد مخاطر التشييد، والتأمين لتغطية المسئولية القانونية، والتأمين على حق الملكية الفكرية، وجميعها من أنواع التأمين التى أصبحت متوفرة اليوم[(٤)].

نخلص من كل ما سبق إلى أن عقود التأمين لها أهمية كبرى فى تنفيذ المشروعات المنشأة بنظام الـ "B.O.T."، حيث تلعب مؤسسات

---

(١) الدكتور/ محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ...، ص ٦٠، ٦١.

(٢) الدكتور/ عبد الرحمن طه: دور التأمين والضمان فى دعم مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T." ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية، المنعقد برعاية وزارة المالية والبنك الإسلامى للتنمية بالقاهرة فى ٢٧، ٢٨ يناير ٢٠٠١، ص ٥، ٦.

(٣) الدكتور/ عبد القادر محمد عبد القادر عطية، سابق الإشارة إليه، ص ٦٤٦.

(٤) الأستاذ/ جمال نصار، سابق الإشارة إليه، ص ٨.

التأمين دورا كبيرا فى تشجيع الاستثمار وفق نظام الـ "B.O.T."، ويتجلى ذلك أساسا فيما يلى:

- ضمان القروض التجارية التى تشكل جزءا من تمويل المشروع.
- تأمين مساهمات المساهمين ضد التأميم أو المصادرة أو أى إجراءات مماثلة.
- تأمين حقوق المساهمين وأرباحهم ضد القيود على صرف العملة المحلية بعملة أجنبية، أو تحويلها خارج البلد محل الاستثمار.
- تأمين منشآت المشروع ضد الحروب والاضطرابات المدنية، وكل أعمال العنف العسكرية أو السياسية التى قد تلحق بالاستثمار أضرارا مادية.
- تأمين منشآت المشروع وأصوله ضد الكوارث الطبيعية، كالزلازل والأعاصير، والبراكين.
- تأمين حق المستثمرين ضد إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها العقدية[1].

المطلب الخامس

عقد تقديم الخدمة إلي المنتفعين بخدمات المشروع

تمهيد وتقسيم:

عقد تقديم الخدمة إلى المنتفعين بخدمات المشروع المنفذ بنظام "B.O.T."، هو العقد الذى يبرم بين المستثمر المشغل للمشروع وبين المنتفعين بخدمات ذلك المشروع.

ويقصد بالمنتفعين بالمشروع المستخدمين النهائيين للمشروع من أفراد الجمهور أو المستهلكين الذين يدفعون عائدات المشروع، ويتلقى هؤلاء الخدمة، إما مباشرة من شركة المشروع، أو بصورة غير مباشرة من الحكومة، وهذا يتوقف على ما إذا كان عقد المشروع ينص على السماح

---

[1] الدكتور/ عبد الرحمن طه، سابق الإشارة إليه، ص ١٣.

لشركة المشروع بالبيع - مباشرة للمستخدمين - أو على قصر بيع منتجاتها إلى الحكومة أو إلى متعاقدين آخرين، يقومون بدورهم البيع للمستخدمين النهائيين.

وسنتحدث عن عقد الانتفاع فى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول: التعريف بالمنتفعين بالمشروع.

الفرع الثانى: الطبيعة القانونية لعقد الانتفاع بالمشروع.

الفرع الأول

التعريف بالمنتفعين بالمشروع

هناك نوعان يمكنهم الانتفاع بخدمات المشروع المنفذ بنظام الـ "B.O.T.".

فقد تكون (الحكومة) أى الشخص المعنوى العام طرف عقد ألـ "B.O.T."، هو الذى يتعاقد مع الشركة المشغلة للمشروع للانتفاع بخدماته، ولا يغير من ذلك أن الذين سوف يتلقون الخدمة من ذلك الشخص العام هم من أفراد الجمهور، لأنهم لم يتعاقدوا مباشرة مع شركة المشروع.

وقد يكون أفراد الجمهور أو المستهلكون هم الذين يحصلون على خدمات المشروع لتلبية احتياجاتهم، والاستمتاع بالخدمات التى يقدمها المشروع.

وسنتحدث عن كل نوع من نوعى المنتفعين بخدمات المشروع فيما يلى:

أولا : الشخص المعنوى العام المتعاقد كمنتفع بالمشروع :

رأينا فيما سبق أن المشروعات التى تنفذ بنظام الـ "B.O.T."، هى - فى الأغلب - مشروعات عامة، كان يفترض أن تقوم الدولة بإنشائها، وأنها لجأت إلى القطاع الخاص لإنشاء هذه المشروعات بسبب نقص التمويل، ومن أمثلة هذه المشروعات مشروعات المياه، والقوى الكهربائية،

حيث تقوم الحكومة فى هذه المشروعات بالتعاقد مع شركة المشروع على شراء الطاقة أو المياه من شركة المشروع، ثم إعادة بيعها إلى المستهلكين النهائيين لها .

وتفضل شركات القطاع الخاص هذا النوع من المشروعات، نظرا لانخفاض معدل المخاطر فى ضمان توزيع الخدمات المنتجة من المشروع، حيث أن الإيراد سيكون قائما على أساس تعاقدى أى على أساس تعاقد استهلاكى طويل الأجل مع هيئة حكومية، بعيدا عن مخاطر السوق .

فعلى سبيل المثال فى المشروع التركى لتوليد الكهرباء عن طريق المياه، اشترط المراقبون الماليون أن تقوم شركة المشروع بعقد اتفاقية بيع مع مرفق الطاقة التابع للدولة يتم بموجبها شراء الكهرباء من المشروع[١].

وفى مصر تم التعاقد بين هيئة كهرباء مصر، وبعض شركات القطاع الخاص - العالمية -، على إنشاء محطات لتوليد الكهرباء . وقد وقعت الهيئة مع الشركات المنفذة على اتفاقية لشراء القوى الكهربائية، بموجبها تشترى الهيئة الكهرباء من هذه الشركات، ويرى البعض[٢]، أن الهيئة قد حصلت على أفضل العروض وأقل الأسعار، مقارنة بالأسعار العالمية، ومن هذه المشروعات:

- مشروع محطة توليد كهرباء "سيدى كرير"، وتم التعاقد عليه فى ١٩٩٨/٧/٢٢، وبسعر شراء ٢,٥٤ سنت كيلو وات/ ساعة .
- مشروع محطة توليد كهرباء "خليج السويس"، وتم التعاقد عليه فى ١٩٩٩/١٠/٣، وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت كيلووات/ ساعة .
- مشروع محطة توليد شرق بور سعيد، وتم التعاقد عليه فى ١٠/٣م١٩٩٩، وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت كيلو وات/ ساعة .

---

(1) Faye Leven, Op. Cit., P. 16.

(٢) المستشار/ معتز كامل مرسى: تقرير بخصوص تجربة الكهرباء، سابق الإشارة إليه، ص ٨.

وعندما ترغب الدولة فى شراء الطاقة الكهربائية من شركة المشروع، فإن ذلك يتم بناء على عقد يتم فيه تحديد السعر، وطريقة الدفع والعملة التى يتم بها، وغالبا ما تحتاج شركة المشروع إلى الحصول على قيمة الكهرباء بالعملة الأجنبية، على الأقل فى الحدود التى تسمح لها بدفع القروض التى حصلت عليها من البنوك الأجنبية، وفوائدها، وتغطية رأس المال والأرباح المحولة إذا كانت الشركة أجنبية، ويلاحظ فى هذه الحالة أنه بالرغم من أن الكهرباء يتم بيعها للجمهور بالعملة المحلية إلا أن الحكومة قد تتكفل بتوفير قدر من العملة الأجنبية كاف لتغطية مستحقات شركة المشروع اللازم تغطيتها بالعملة الأجنبية.

ثانيا : الأفراد كمنتفعين بالمشروع :

والنوع الثانى من المنتفعين بالمشروع هم الجمهور أو المستهلكون الذين يحصلون على خدمات المشروع لقضاء حوائجهم، والحصول على الخدمات التى يقدمها.

ويعد المستفيدون من خدمات المشروع من أفراد الجمهور، سواء أكان هؤلاء أشخاصاً طبيعيين أم معنويين من أهم الأطراف الذين يتعين معرفتهم للوقوف على احتياجاتهم ورغباتهم، وكثيراً ما يقوم المنتفعون بالمشروع بالمساهمة فيه إذا طرح المشروع أسهما للاكتتاب العام.

وهؤلاء المستفيدون كثيراً ما يكون لهم دور مؤثر بالغ الأهمية فى تشغيل المشروع وفى صيانته وفى تحديد رسوم الاستفادة من الخدمات التى يقدمها، ومن ثم يجب أن يراعى اتفاق المشروع مصالح هؤلاء المنتفعين حتى يمكن تنفيذه واستمراره[١].

وفى هذه الحالة فإن المستفيدين من المشروع تربطهم علاقة مباشرة بشركة المشروع، حيث إنهم سيتلقون خدمات المشروع منها مباشرة.

---

[١] الدكتور/ محسن الخضيرى، سابق الإشارة إليه، ص ٧١.

ومن أمثلة هذه الحالة، مشروعات الطرق والكبارى، وأماكن إيـواء السيارات ٠٠٠ وفى هذه الحالة فإن الإيرادات ستكون مؤسسة على أسـاس السوق، أى على أساس الرسوم المَحصلة، حيث تظل شركة المشروع متحملة المخاطر وحدها دون غيرها[١].

على أنه إذا كانت الحكومـة عندما ترتبـط بعقـود لشـراء نـاتج المشروع من شركة المشروع يكون إيراد المشروع قائما على أساس العقـد، وعندما يتقدم المستهلكون النهائيون للاستفادة من ناتج المشروع من شـركة المشروع - مباشرة - يكون إيراد المشروع قائما على أساس السوق، فإنـه ليس هناك ما يدعو إلى التفكير فـى أن هاتين الحالتين مستقلتان فـى حد ذاتهما - فكثيرا ما نرى فى كل من الوضعين مزيجا مشتركا من الإيـرادات القائمة على التعاقد، وتلك القائمة على أساس السوق، فعقود الطاقة - علـى سبيل المثال - كثيرا ما تجمع بين حد أدنى لرسوم الطاقة الثابتـة ورسـوم متغيرة للكهرباء المشـتراة بالفعل، وتدفع رسوم الطاقة لشـركة المشـروع لمجرد إنتاج الكهربـاء، وتعد هذه الرسوم قائمة على أساس التعاقد بصفـة خالصة إذ تضمن للمشروع حداً أدنى من الإيرادات بغض النظر عن كميـة الطاقة المنتجـة بالفعل، ومن ناحيـة أخرى فإن الرسوم المتغيرة تتحـرك بفعل السـوق، وذلك على كيلوات الكهرباء المشتراة فعلا كنتيجـة لطلـب المستهلكين، ومن ثم فإن شركة المشروع تتعرض بالنسـبة لـهذا الشـق لمخاطر السوق فى الوقت الذى تتوقع فيه أن تجنى ثمارا لا بأس بها ٠ ففـى مشروع إمداد منطقة شمال غرب خليج السويس بمياه الشرب بطاقة ابتدائيـة ٥٠٠٠٠ م^{3} فى اليوم تضمن الحكومة المصرية الحصول على ٦٠% مـن طاقة المحطة[٢].

---

(١) اليونيدو: إرشادات بشأن صياغة عقود الـ "B.O.T."، سابق الإشارة إليه، ص ١٥.

(٢) راجع: ورقة عمل حول تجربة جمهورية مصر العربية فى مجال المياه، مقدمة مـن وزارة الإسكان والمجتمعات العمرانية إلى مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية، المنعقد بالقاهرة، فـى ٢٧، ٢٨ يناير ٢٠٠١.

وقد توفر الحكومة أوجه دعم أخرى لتعويض شركة المشروع كأن تسمح لها بأوجه استثمار أخرى بالإضافة إلى المشروع، ففى مشروع النقل الجماعى فى "تايلند" تسمح الحكومة لشركة المشروع بزراعة الأراضى المتواجدة على يمين طريق نظام النقل[١].

ولا شك أن مثل هذا النهج من شأنه أن يمتص جزءا من المخاطر التى ينطوى عليها مشروع قائم على أساس السوق فى الأصل.

تحديد أسعار تقديم خدمات المشروع :

بالنظر إلى أن شركة المشروع كثيرا ما تقوم بتشغيل مرفق يتمتع بقدر من الاحتكار، فإن اتفاق المشروع يجب أن يتناول مسألة الأسعار التى تتقاضاها شركة المشروع من المستفيدين مقابل الانتفاع بالخدمة، ويمكن للدولة أن تضع نظاما للرقابة على الأسعار التى تفرضها شركة المشروع، ويتم ذلك إما من خلال قيام الحكومة أو جهة تنظيمية بتحديد الأسعار، أو قيام شركة المشروع بتحديدها رهنا بالحصول على موافقة مسبقة من الحكومة.

وقد تقتصر بعض الاتفاقات على الإشارة إلى أن تكون الأسعار عادلة أو مقبولة أو معتدلة، بينما قد تنص بعض الاتفاقات على معايير لتحديد الأسعار، من بينها - على سبيل المثال - ألا تتجاوز الأسعار المبالغ اللازمة لاسترداد قيمة الاستثمار واسترداد التكاليف، وتحقيق أرباح معقولة، وجواز تعديل الأسعار بغية إعادة التوازن المالى والاقتصادى للعقد، ويجوز أن ينص الاتفاق على إمكانية تخفيض الأسعار إذا تجاوزت أرباح شركة المشروع معدلا سبق تحديده مسبقا لعائد الاستثمار.

وتنص بعض الاتفاقات على التزام شركة المشروع بنشر الأسعار أو أى تغييرات عنها، وتقديم الخدمة على درجة عالية من الكفاءة والالتزام بإصدار إيصالات إذا طلب المستفيد ذلك، ومعاملة العملاء على قدم

---

(١) انظر:

ANTONI, BASIULY: Op. Cit., P.P. 3, 4.

المساواة، وحق العملاء فى أن يوجهوا إلى هيئة عامة شكاوى بشأن أنشطة شركة المشروع، وأن تحقق تلك الهيئة هذه الشكاوى وتتخذ قرارا بشأنها[١].

وهذه الاشتراطات التى ترد فى عقد المشروع لصالح المستفيد من المشروع تكسب الأخير مركزا قانونيا فى مواجهة شركة المشروع، رغم أنه لم يكن طرفا فى عقد المشروع، فما هى الطبيعة القانونية لهذا المركز.

الفرع الثانى

الطبيعة القانونية لعقد الانتفاع بالمشروع

لبيان الطبيعة القانونية لعقد الانتفاع بالمشروع لابد أن نبحث:

أولا: الطبيعة القانونية للرابطة بين المستفيد وشركة المشروع.

وثانيا: الأساس القانونى لامتداد عقد الـ "B.O.T." إلى المستفيد من المشروع.

أولا : الطبيعة القانونية للرابطة بين المستفيد وشركة المشروع :

يأخذ التعامل بين المستفيدين، وشركة المشروع شكل العقود التى بمقتضاها تقدم شركة المشروع إلى المستفيد خدمات المشروع فى نظير الرسم المقرر، وعلى ذلك يلتزم الطرفان بالخضوع لهذا العقد كأى متعاقد، وهذه العقود قد تكون مكتوبة، وقد تكون شفوية، وفى جميع الحالات يتعين تحقيق المساواة بين المنتفعين.

ويثار التساؤل عن طبيعة هذه العقود التى تبرم بين شركة المشروع والمستفيدين، وهل هى عقود مدنية أم إدارية؟

وهذا التساؤل له أهمية كبيرة فى الوقت الحاضر نظرا لانتشار عقود الـ "B.O.T."، وانصبابها على مرافق اقتصادية تؤدى خدماتها للجمهور.

---

[١] راجع تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، الدور التاسعة والعشرين، ٢٨ مايو – ١٤ يونيو ١٩٩٦، بعنوان "الأعمال المقبلة الممكنة – مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية"، سابق الإشارة إليه، ص ١٩، ٢٠.

وإذا كانت عقود الـ "B.O.T." - ذاتها قد أحدثت جدلا كبيرا في الفقه، حول طبيعتها القانونية - حسبما أثبتناه في الباب السابق، فإنه على العكس من ذلك فإن أغلبية الفقه[١]، بما فيها الفقه الإدارى - نفسه - قد ذهبت إلى أن عقود المنتفعين مع الشركة القائمة على خدمات المشروع هي عقود مدنية من عقود القانون الخاص، وتختص بنظر المنازعات التي تثيرها المحاكم العادية، وذلك لعدم توافر شروط العقد الإدارى في هذه العقود، فالإدارة ليست طرفا فيها، كما أنها لا تنطوى على شروط استثنائية، ولا تتعلق بمرفق بقصد تنظيمه وتسييره، وإنما هي عقود تنصب على الخدمات التي يقدمها المشروع.

وهذا ما بينته المحكمة العليا "الدستورية" في حكمها الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٩٤، إذ قضت بأن: "نشاط شركة المعمورة للإسكان والتعمير في قيامها على مرفق التعمير والإنشاءات السياحية بالمعمورة، لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة، ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين بهذا المرفق، ممن خولتهم حق شغل الكبائن العامة على شاطئ البحر، لا تحكمها قرارات إدارية بالترخيص بشغل تلك الكبائن، بل تحكمها روابط تعاقدية نشأت بينها وبينهم، وهي من روابط القانون الخاص، وتخضع لأحكامه"[٢].

ويترتب على الطبيعة المدنية للعقود التي تبرمها شركة المشروع مع المنتفعين أنه يجوز لهؤلاء اللجوء إلى المحاكم مطالبين باقتضاء الخدمة، فمبدأ التزام المتعهد بأداء الخدمة لكل من استوفى شروط الاستفادة منها منصوص عليه صراحة - في القانون المدنى (المادة ٦٧٠)، وهو الذى

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، مؤسسة روز اليوسف، الطبعة الثانية، ١٩٨٩، ص ٣٧٦ وما بعدها؛ الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة في العقود الإدارية، ص ١٢٣؛ الدكتور/ عمرو أحمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ "B.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢٢١؛ الدكتورة/ سعاد الشرقاوى: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٤ وما بعدها.

(٢) المحكمة العليا، الدعوى رقم ١٠، لسنة ٤ ق (تنازع)، جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩.

تطبقه المحاكم القضائية، وعلى ذلك يجوز للمستفيد أن يرفع دعوى أمام القضاء المدنى يطالب فيها الملتزم بحقه وفقا للقواعد المقررة فى القانون المدنى بأن يطالب بالتنفيذ العينى أو التعويض أو فسخ العقد المبرم بينه وبين شركة المشروع[1].

ثانيا : الأساس القانونى لامتداد آثار عقود الـ "B.O.T." إلي المستفيد :

يرتب عقد الــ "B.O.T." بعض الآثار التى تعود إلى المستفيد من المشروع، رغم أنه ليس طرفا فى هذا العقد، وتتمثل هذه الآثار فى بعض الالتزامات التى يتحملها المستفيد تجاه شركة المشروع، وأيضا بعض الحقوق التى تتحملها الشركة لصالحه•

ومن هذه الالتزامات التى يتحملها المستفيد تجاه شركة المشروع، السعر أو الرسم الذى يدفعه المستفيد لقاء الاستفادة من خدمات المشروع، إذ يتعين على المستفيد أن يدفعه، وإلا كان للشركة أن تتمسك فى مواجهته بالحق فى حبس خدمات المشروع والامتناع عن تمكينه من الاستفادة منها•

ومن الحقوق التى تتقرر للمستفيد حقه فى الاستفادة من خدمات المشروع بالأسعار المعلنة، وعدم التمييز بينه، وبين غيره من المستفيدين فى هذا الشأن، وأخيرا حقه فى مباشرة دعوى المسئولية على الشركة، إذا لم تمكنه من الاستفادة بخدمات المشروع، أو بالغت فى تقدير الأسعار مقابل تلك الخدمات•

وقد يثور التساؤل حول كيفية اكتساب المستفيد لبعض الحقوق، وتحمله لبعض الالتزامات تجاه شركة المشروع رغم أنه ليس طرفا فى عقد الــ "B.O.T."•

بالتأكيد فإن المسألة فى نطاق عقد الــ "B.O.T."، لم تثر فى فقه القانون الخاص نظرا لحداثة هذا العقد على مباحث القانون الخاص، أما فى

---

[1] الدكتور/ عمرو أحمد حسبو، سابق الإشارة إليه، ص ٢٢٤.

نطاق القانون الإدارى، فقد تناولها فقهاء ذلك القانون[١]، فى إطار بحث امتداد أثر عقد امتياز المرفق العام إلى الغير، وعزوا امتداد هذا الأثر إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، أو الطبيعة الخاصة للعقد الإدارى.

أما فى فقه القانون الخاص فالمبدأ المسلم به هو نسبية أثر العقد، ومع ذلك، فإن بعض العقود يرتب للغير بعض الآثار فى بعض العقود، استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد، ومن ذلك عقد النقل الذى يرتب حقوقا والتزامات للمرسل إليه، رغم أنه لم يكن طرفا فى العقد المبرم بين الشاحن والناقل، وقد اجتهد الفقه فى تحديد أساس امتداد أثر العقد إلى المرسل إليه، وقد اختلفت آراء الفقه فى ذلك إلى ثلاث نظريات:

الأولى: تقول بأن هذه الالتزامات والحقوق، إنما يستمدها المرسل إليه من عقد النقل ذاته استثناء من نسبية أثر العقد[٢].

والثانية: تأخذ بنظرية النيابة الناقصة[٣]، وحاصلها أن الشاحن حينما يتعاقد مع الناقل، إنما يتعاقد باعتباره نائبا عن المرسل إليه، نيابة ناقصة، بحيث تتصرف آثار العقد إليه، وفقا لقواعد النيابة.

والثالثة: تأخذ بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير[٤]، ومفادها أن الشاحن حينما يتعاقد مع الناقل، يضع اشتراطا لمصلحة المستفيد من خدمات

---

(١) الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، ص ؛ الدكتور/ أنس جعفر: العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، وتطبيقية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الخاص بالمزايدات والمناقصات فى مصر ولائحته التنفيذية، مع دراسة لعقود الـ "B.O.T."، ص ١٠٦ – ١١١.

(٢) انظر: الدكتور/ عماد الشربينى: القانون التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩، الكتاب الأول، الالتزامات والعقود التجارية، بدون ناشر، ١٩٩٩/٢٠٠٠، ص ٣٢٢ – ٣٢٤.

(٣) الدكتور/ عبد الحى حجازى: العقود التجارية، ١٩٥٤، ص ١٩١.

(٤) الدكتور/ أكثم الخولى: الوسيط فى القانون التجارى، الجزء الرابع، العقود التجارية، ص ٣٠٧، هامش ٤؛ انظر أيضا الدكتور/ أحمد محمد محرز: القانون التجارى، بدون ناشر، ١٩٩٧، ص ١٩٣، ١٩٤.

المشروع يستطيع - بمقتضاه - هذا الأخير، الرجوع - مباشرة - على الناقل بتنفيذ هذا الاشتراط.

أما النظرية الرابعة: فقد انتهجت مسلكا واقعيا حينما أسندت هذه العلاقة إلى العرف التجاري الذى أنشأ عن عقد النقل علاقة مباشرة بين الناقل والمرسل إليه[١].

وعلى ضوء هذه الاجتهادات، علينا أن نجتهد فى تحديد الأساس القانونى لامتداد أثر عقد الـ "B.O.T." إلى المستفيد من المشروع. بالقياس على تلك الاجتهادات.

وبادئ ذى بدء نستبعد الاتجاه الذى يؤسس هذا الامتداد على الطبيعة الخاصة لعقد امتياز المرفق العام، وسبب ذلك أننا قد انتهينا فى الباب السابق إلى أن الرأى الراجح فى الفقه يذهب - مؤسسا على أسبابه المنطقية والقانونية - إلى أن عقد الـ "B.O.T." ليس بعقد امتياز مرفق عام، وإنما هو عقد من عقود القانون الخاص.

أما الرأى القائل بأن هذه الالتزامات والحقوق إنما يستمدها المستفيد مباشرة من العقد استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد، فهو لا يصلح لتأسيس امتداد الأثر القانونى لعقد الـ "B.O.T." إلى المستفيد ذلك لأن الأخذ به فى مجال ذلك العقد يؤدى إلى تجاهل إرادة المستفيد[٢]، فقد لا تنصرف إرادة المستفيد إلى الدخول كطرف متعاقد مع كل من الشخص العام وشركة المشروع.

---

[١] راجع: الدكتور/ على حسن يونس: العقود التجارية، ١٩٦٨، ص ٤٠؛ الدكتور/ على البارودى: دروس فى العقود التجارية، ١٩٥٨، ص ٣٤٦؛ الدكتور/ عماد الشربينى، سابق الإشارة إليه، ص ٣٢٤؛ الدكتور/ أحمد محمد محرز، سابق الإشارة إليه، ص ١٧٥؛ الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٧.

[٢] الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: العقود التجارة، طبقا لنصوص قانون التجارة الجديد، رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص ١٣٥.

أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فإنها إن صحت فى مجال عقد الـ "B.O.T." فإنها تفسر فقط حقوق المستفيد، ولكنها لا تفسر التزاماته، كالالتزام بدفع مقابل الخدمة، إذ القاعدة فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكسب الغير حقا من عقد لم يشترك فى إبرامه، ولكن لا يمكن أن يقرر التزاما عليه، وذلك عملا بالمادة ١٥٢ من القانون المدنى[١].

أما نظرية النيابة الناقصة فإنها رغم النقد الذى يمكن أن يوجه[٢] إليها، فتعد أكثر هذه النظريات قدرة على تأسيس امتداد الأثر القانونى لعقد الـ "B.O.T." إلى المستفيد من المشروع، ذلك أن تعاقد الدولة نيابة عن المستفيدين ولمصلحتهم يجد أساسه فى النظام الدستورى[٣]، فى أن الحكومة عندما تتعاقد لتنفيذ المشروعات العامة، إنما تفعل ذلك بصفة أنها نائبة عن الشعب، ذلك أن الدولة هى الملزمة - أساسا - بتوفير البنية الأساسية، وغيرها من المشروعات الخدمية للأفراد، وعندما تقوم بالتعاقد مع مستثمر ما لتنفيذ مشروع من المشروعات العامة فإنها تقوم بدورها الدستورى فى توفير الخدمات العامة لمواطنيها، ويقوم المستثمر بالعمل فى ذلك المشروع تحت إشراف الدولة ورقابتها، وطبقا للعقد المبرم معها.

---

(١) الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٦.

(٢) انتقدت هذه النظرية بصدد عقد النقل، بأنها تقوم على افتراض يجافى الواقع حيث لا تتصرف الإرادة الحقيقية لكل من الناقل والشاحن إلى عملية النيابة بل قد تختلف مصالح كل منهما، راجع فى ذلك: الدكتور/ مصطفى كمال طه: الوجيز فى القانون التجارى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٣، ص ٣٤٥، ٣٤٦؛ غير أن هذا النقد لا محل له فى عقد الـ "B.O.T."، فالمصالح لا يحتمل أن تتضارب فى هذا العقد، فالحكومة تتعاقد مع شركة المشروع من أجل مصلحة المستفيد، والمستفيد يتعاقد مع شركة المشروع بإرادته الحرة.

(٣) راجع فى ذلك الدكتور/ محمود عاطف البنا: النظم السياسية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربى، ١٩٨٥، ص ٩٥ وما بعدها.

أما التزامات المستفيد تجاه شركة المشروع الناتجة عن استخدام المشروع فتجد تبريرها فى العقود التى يبرمها المستفيدون مع شركة المشروع لاستخدام المشروع مقابل ثمن معين.

وعلى هذا الأساس - كذلك - يمكن تبرير العلاقة بين المستفيدين وشركة المشروع إذا كان المشروع من أفراد القطاع الخاص، وتعاقد لتنفيذ مشروع يستخدمه الأفراد، وذلك مثل النوادى والشركات الخاصة التى تتعاقد لتنفيذ مشروعات يستخدمها أفراد يتبعونها. فهى تنوب عنهم فى إبرام العقد، طبقا لمبدأ النيابة الناقصة.

الفصل الثانى

انتهاء عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

نظرا لأنه لا توجد قواعد قانونية خاصة تنظم كيفية انتهاء الالتزام العقدى فى عقد الـ "B.O.T."، لذلك كان علينا أن نلجأ إلى القواعد العامة للعقود التجارية والمدنية[1]، لنتبين الطرق التى ينتهى بها هذا العقد باعتباره أحد عقود القانون الخاص - كما أوضحنا فى الباب الثانى من هذا البحث٠

وعلى ذلك فإن الالتزام العقدى الناشئ عن العقد إما أن ينتهى بتنفيذه، وإما أن ينتهى دون تنفيذه٠

وإذا نفذ طرفا العقد التزاماتهما الناشئة عن العقد، فإن عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." ينتهى بتنفيذ العقد، ولما كان عقد الـ "B.O.T." من العقود الزمنية - التى يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها فإنه ينتهى بانتهاء المدة المحددة فى العقد للاستغلال ومن ثم يعود المشروع إلى الجهة المالكة له أصلا، وهذا هو الانتهاء الطبيعى أو المألوف لعقد الـ "B.O.T."٠

غير أن عقد الـ "B.O.T." قد ينتهى دون تنفيذه وهذا هو الانتهاء غير الطبيعى للعقد، وذلك كالانتهاء بانحلال العقد وهو ما يعرف بالتقايل، أو بالإلغاء بالإرادة المنفردة فى بعض العقود، أو الانتهاء بالفسخ وهذه القواعد أخذت بها بعض أحكام مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى - بصدد انتهاء

---

(١) وضع المشرع القواعد المنظمة لانقضاء الالتزام فى الباب الخامس المواد ٣٢٣ - ٣٨٨ من الكتاب الأول المخصص للالتزامات بوجه عام فى القانون المدنى المصرى، وقد قسم المشرع هذا الباب إلى ثلاثة فصول، حيث عالج فى الفصل الأول منه: انقضاء الالتزام بالوفاء، وعالج فى الثانى: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وعالج فى الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء٠

راجع فى ذلك: الدكتور/ جلال محمد إبراهيم: أحكام الالتزام، سنة ١٩٩٦، بدون ناشر، ص ٢٩٣ وما بعدها؛ الدكتور/ سمير كامل: الأحكام العامة للالتزام، بدون ناشر، ص ٢٥١.

العقد بصفة عامة - حيث قرر فى القضية التحكيمية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٩، جلسة ٢ يوليو ٢٠٠٠: "إن العقد الصحيح ينقضى بتنفيذ الالتزامات التى ينشئها، وهذا هو مصيره المألوف، وقد ينتهى العقد قبل تمام تنفيذه أو قبل البدء فى تنفيذه فينحل، وقد ينحل العقد قبل انقضائه، وقبل البدء فى تنفيذه باتفاق الطرفين، وهو ما يعرف بالتقايل، كما قد ينحل للأسباب التى يقررها القانون لانحلال العقد وأهمها الإلغاء بالإرادة المنفردة فى عقود مثل عقود الوكالة والوديعة والعارية، وغيرها، كما ينتهى العقد بالفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، إذ يجيز القانون للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضى فسخ العقد، وللقاضى سلطة تقدير هذا الطلب"[١].

وإذا كان الأمر كذلك فيقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: انتهاء عقد الـ "B.O.T." بالتنفيذ.

المبحث الثانى: انتهاء عقد الـ "B.O.T." دون تنفيذ.

---

(١) مجلة التحكيم العربى، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٢٠٩.

المبحث الأول

انتهاء عقد الـ "B.O.T." بالتنفيذ

تمهيد وتقسيم :

ينتهي عقد الـ "B.O.T." بشكل طبيعي بتنفيذ العقد، ونظرا لأن عقد الـ "B.O.T." من عقود المدة إذ يشكل الزمن عنصرا جوهريا فيه، فإنه ينتهي بانتهاء المدة المنصوص عليها في العقد، غير أن انتهاء العقد بانتهاء مدته لا يمنع من تجديد أو تمديد مدة العقد.

وإذا كان الأمر كذلك: فيقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: انتهاء عقد الـ "B.O.T." بتنفيذه أو انتهاء مدته.

المطلب الثاني: تجديد أو تمديد مدة العقد.

المطلب الأول

انتهاء عقد الـ "B.O.T." بتنفيذه أو انتهاء مدته

الانتهاء الطبيعي لعقد الـ "B.O.T." شأنه شأن أي عقد آخر، يكون بتنفيذ هذا العقد، طبقا للقواعد العامة[1] – وذلك بأن يقوم كل من طرفي العقد بتنفيذ التزامه فيقوم الشخص المعنوي العام المتعاقد بتنفيذ التزامه بتسليم أرض المشروع إلى شركة المشروع وتمكينها من تنفيذ المشروع، وتمكينها من تشغيل المشروع والحصول على المقابل المالي لاستغلال المشروع، كما تنفذ شركة المشروع التزاماتها الناشئة عن العقد بتنفيذ المشروع، وفقا للمواصفات المتفق عليها، وفي المدة المحددة في العقد، ثم تقوم بتشغيل المشروع وتمكين المنتفعين منه الانتفاع بخدماته، وأخيرا، وعندما تنتهي المدة المحددة في العقد لاستغلال المشروع، تقوم شركة المشروع بإعادة

---

(١) الدكتور/ السنهوري: الوسيط، الجزء السابق، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، ص ٢٩٤ وما بعدها؛ الدكتور/ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاول، سابق الإشارة إليه، ص ١٨١؛ الدكتور جابر جاد نصار: عقود البوت، سابق الإشارة إليه، ص ١٥.

المشروع إلى الجهة المالكة له وتسليمه لها وبهذا التسليم ينتهى عقد الـ "B.O.T." نهايته الطبيعية بتنفيذ العقد. ويبقى بعد ذلك التزام شركة المشروع بضمان عيوب الصنعة والعيوب الخفية فى المادة التى قدمتها للمدة القصيرة التى ينص بها عرف المهنة، أو مدة السنة بعد تسليم العمل[1]، ويبقى ضمان شركة المشروع لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدة عشر سنوات من وقت تسليم العمل - فيما يعرف بالضمان العشرى للمهندس المعمارى والمقاول الذى نصت عليه المادة ٦٥١ من التقنين المدنى المصرى، إذ نصت على أن: "١ - يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، مالم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات".

"٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

"٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسليم العمل"[2].

---

(١) حيث تنص المادة ٦٤٨ من القانون المدنى المصرى على أن: "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل". وتنص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى على أن: "تسقط دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشىء إلى رب العمل، ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك، مالم يقبل المقاول أن يلزم بالضمان لمدة أطول على أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه". راجع فى ذلك: الدكتور/ السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، سابق الإشارة إليه، ص ٨٨، ٨٩.

(٢) وقضت محكمة النقض بأن: "مسئولية المقاول عن سلامة البناء امتدادتها إلى ما بعد تسليم البناء فى حالة ما إذا كانت العيوب به خفية. اعتبارها مسئولية عقدية. تحققها بمخالفة المقاول الشروط والمواصفات المتعاقد عليها أو انحرافه عن تقاليد الصنعة أو عرفها أو =

انتهاء العقد بانتهاء مدته :

ينتمى عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع إلـى طائفـة العقـود الزمنية التـى يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها، وعلى ذلك فـإن النهايـة الطبيعية للعقد تكون بانقضاء المدة المحددة فى وثيقته، ويقصد بـالمدة فـى عقـد الـ "B.O.T."، الفتـرة التى تمنح لشركة المشروع - بمقتضى العقـد - لإدارة واستغلال المشروع ويعبر عنها - عادة - بـ "مـدة الاسـتغلال"، وهى مدة طويلة نسبيا، وقد تتراوح ما بين ٢٠ و ٩٩ عاما[١].

ولما كان عقد الـ "B.O.T." من العقود الزمنية، التى يمثل الزمـن عنصرا جوهريا فيها، فلا يمكن أن تكون المدة مؤبدة، فبانتهاء المدة المتفـق عليهـا فى العقد تحل النهاية الطبيعية للعقد[٢]. وينقضـى العقـد وبالتـالى تتحرر شركة المشروع من التزامها بإدارة المشروع، وذلك مـا لـم يتفـق الطرفان على تمديد العقد أو تجديده.

= نزوله عن عناية الشخص المعتاد فى تنفيذ التزامه". الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق، جلسـة ٢٠٠٠/٧/١، منشور بمجلة المحاماة، العدد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، ص ٨٤.

(١) أصدر المشرع المصرى القوانين أرقام ١٠٠ لسنة ١٩٩٦، و ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦، و ٣ لسـنة ١٩٩٧، و ٢٢ لسنة ١٩٩٨، فى شأن منح التزام بعض المرافق العامـة بنظـام "B.O.T."، وحدد فيها مدة عقد الامتياز بما لا يزيد عن تسعة وتسعين عاما.

(٢) نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن: "تنتهى إجـازة الخدمـة أو الصناعة، أولا بانقضاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل ...".

كما نص التقنين المدنى الكويتى فى المادة رقم ٦٨٤ على أن: "إذا كـان مـن مقتضـى المقاولة أن يقوم المقاول بصيانة شىء معين أو أن يؤدى غير ذلك من الأعمال المحددة خـلال مدة محددة انتهت المقاولة بانقضاء هذه المدة".

راجع فـى ذلك: الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السـابق، المجلـد الأول، العقود الواردة على العمل، ص ٢٩٥؛ الدكتور/ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولـة، ص ١٨٢.

المطلب الثانى

تجديد أو تمديد عقد الـ "B.O.T."

رأينا فى الفقرة السابقة أن عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع، ينتهى بانتهاء المدة المحددة له، ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد هذه المدة لفترة أخرى.

ومن ثم يجوز لشركة المشروع عند انتهاء مدة العقد أن تتقدم إلى الجهة المتعاقدة معها بطلب تجديد مدته لمدة أخرى.

وفى نطاق عقد المقاولة يرى البعض[١] أن تجديد مدة العقد يمكن أن يكون صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا، غير أننا لا نرى إمكان تطبيق التجديد الضمنى فى مجال عقد الـ "B.O.T."، لسببين:

الأول: هو ارتباط مدة عقد الـ "B.O.T." بالمدة المنصوص عليها فى القوانين الخاصة بمنح الامتياز فى هذا النظام[٢]، وبالتالى فإن أى تجديد يزيد عن هذه المدة لابد أن يأخذ شكل عقد جديد بذات الإجراءات المنصوص عليها فى القانون[٣] والمنظم لمجال منح الامتياز بالنسبة للمشروع، ومن ذلك صدور قرار من مجلس الوزراء بمنح الامتياز.

والثانى: أن تجديد العقد لا ينصب على الإنشاء والتشغيل كما هو الحال فى العقد الأول، إذ يفترض أن المشروع قد تم الانتهاء من تشييده

---

(١) الدكتور/ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، ص ١٨٢.

(٢) مثلا تحدد القوانين أرقام ١٠٠ لسنة ١٩٩٦، و ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦، و ٣ لسنة ١٩٩٧، و ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن منح التزام بعض المرافق العامة بنظام "B.O.T." مدة عقد الامتياز بما لا يزيد عن تسعة وتسعين عاما.

(٣) تقضى محكمة النقض بأن تجديد الالتزام تطلبه وجود التزام سابق يقوم عليه، فيقضيه، وقيام التزام جديد هو الذى يقع عليه التجديد فينشئه" الطعن رقم ٢٥٨٤ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٢٠٠٠/١/٢٥، منشور بمجلة المحاماة، العدد رقم ١ لسنة ٢٠٠١، ص ٧٠.

وانقضت مرحلة الاستغلال أيضا، لذلك ينصب تجديد العقد على التشغيل والصيانة فقط، ولما كانت شركة المشروع قد استوفت حقها من تشغيل المشروع خلال مدة العقد الأصلى، فإنها فى العقد الجديد لابد أن تدفع مقابل الاستغلال للجهة المالكة للمشروع وهذا يستلزم إبرام عقد جديد بشروط جديدة بين الطرفين[1]، وبالتالى فلا محل للقول بالتجديد الضمنى فى عقود الـ "B.O.T."٠

---

(١) تنص الفقرة (٢) من البند (ج) من المادة (٣) من عقد إنشاء وتشغيل واستغلال مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، على أن: "يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار "٤٠ عاما" تدخل فيها فترة الإنشاء وفقا للقواعد والشروط التى تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق رقم (٣١) وجاء بالفقرة (٢) من البند (د) من ذات المادة بأنه: "يجوز مد فترة الاستغلال بعد انتهائها من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه فى حينه"٠

وجاء بالملحق "٣١ – ١: "للهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بموافقة صاحب الامتياز استمرار الاتفاق لفترات إضافية بعد الفترة الأولى على أن تقوم الهيئة بإخطار صاحب الامتياز بنواياها لتجديد الاتفاق بمدة لا تقل عن ٣ سنوات قبل تاريخ انتهاء الاتفاق القائم أو تسليم المطار"٠

وجاء بعجز المادة الأولى من قرارى مجلس الوزراء رقم ٢ الخاص بمنح امتياز إنشاء مطار العلمين، ورقم ٣ الخاص بإنشاء مطار رأس سدر ما نصه: "ولا يسرى تجديد العقد سوى مرة واحدة لفترة أخرى تبلغ ٤٩ عاما"٠

وجاء بالفقرة (١) بند (د) المادة الثالثة فى العقدين ما نصه: "مدة الالتزام خمسون عاما شاملة فترة الإنشاء، وتجدد لفترة أخرى تلقائيا ما لم يخطر أحد الطرفين برغبته فى إنهاء الالتزام فى حدود القوانين المنظمة لذلك"٠

صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٢)، (٣) فى ١٩٩٨/٩/٢ ونشر بالوقائع المصرية ملحق الجريدة الرسمية، العددين ٢٦٤ أ، ٢٦٤ ب، فى ١٩ نوفمبر لسنة ١٩٩٨.

وجاء فى اتفاقية شراء القوى الكهربائية الخاصة بمجمع توليد القوى، بسيدى كرير – مصر بين هيئة كهرباء مصر وشركة إنترجن سيدى كرير لتوليد الكهرباء، سابق الإشارة إليه، المادة ٥ – ١ مدة الاتفاقية "تبدأ هذه الاتفاقية وتكون نافذة الأثر فى التاريخ المبين بها٠ وتستمر بكامل تأثيرها ونفاذها لمدة عشرين عاما هى أعوام الاتفاقية "المدة" أو لأى تاريخ لاحق يتم الاتفاق عليه بين الأطراف، ما لم يتم تمديدها أو إنهائها قبل ذلك طبقا لشروطها"٠

ويمكن أن يحتوى عقد الـ "B.O.T." على شرط أولوية المشـروع "المتعاقد القديم" عند تجديد العقد، وهذا الشرط يعنى أنه عند نهاية العقد الأصلى إذا أرادت الجهة "مالكة المشروع" إدارة المشروع محل العقد بنفس الأسلوب فإن شركة المشروع الأولى يمكن تفضيلها عند تساوى الشروط والعروض بينها وبين المتقدمين الجدد للتعاقد على إدارة وتشغيل المشروع، وهذا الشرط مشروع ويتعين على الجهة المالكة المتعاقدة احترامه، حيث تقتضيه العدالة، ومصلحة المشروع، إذ أن المستثمر الأول "شركة المشروع" يمتاز عن سائر المتقدمين باكتساب خبرة فى إدارة المشروع، ومن شأن ذلك أن يعود بالنفع على المصلحة العامة.

ويميز الفقه الإدارى[١] بين تجديد العقد وتمديده، فى اعتبار أن التجديد يعنى قيام عقد جديد مستقل عن العقد الأول. أما التمديد فيعنى امتداد العقد القديم بذات شروطه.

ونرى أن تجديد العقد هو الذى يتناسب مع عقد "B.O.T." نظرا لأن مدة الاستغلال مدة طويلة وغالبا ما تتغير الظروف خلالها، ولذلك يقتضى الأمر إبرام عقد جديد، لا تمديد العقد السابق.

وقد تهمل شركة المشروع فى تجديد أدوات المشروع ومشتملاته وباقتراب نهاية المدة المحددة للعقد. ولهذا فإن عقود "B.O.T."، كثيرا ما تتضمن نصوصا لمواجهة هذه الحالة وذلك بالنص على ضرورة خصم مبالغ محددة من الأرباح وتخصيصها لتجديد أدوات المشروع ومشتملاته بما يجعلها صالحة لأداء الخدمة عند نهاية العقد[٢].

---

[١] الدكتور/ سليمان الطماوى: الأسس العامة للعقود الإدارية، سابق الإشارة إليه، ص ٧٩١؛ الدكتور/ غسان رباح: العقد التجارى الدولى، العقود النفطية، دار الفكر اللبنانى، ١٩٨٨، ص ٤٦٥، ٤٦٦.

[٢] ومثال ذلك ما نصت عليه اتفاقية شراء القوى الكهربائية الخاصة بمجمع توليد القوى بسيدى كرير – مصر، سابق الإشارة إليه، وجاء بالمادة الخامسة فقرة ٦ ما يأتى:

٦ – ٥ حالة المجمع والضمانات عند نقل الملكية: -

- أ – يجب أن يكون المجمع – فى تاريخ نقل الملكية – فى حالة من الإصلاح والنظافة وفى مظهر يتفق مع الممارسات الحريصة للمرافق، وتقدم الشركة للهيئة فى تاريخ نقل الملكية ملخصا مكتوبا بحالة المجمع يشمل قائمة بأية أوضاع تمس / أو يمكن أن تمس سلامة تشغيل المجمع أو تعطل الحد الأقصى للقوة المنتجة من المشروع. وتضمن الشركة عدم وجود أى ظروف أخرى معلومة لديها تمس / أو يمكن أن تمس سلامة تشغيل المجمع أو أدائه.

ب – وقبل تاريخ نقل الملكية بشهرين، تجرى الشركة اختبارات نقل الملكية. فإذا كان صافى القدرة الإنتاجية المختبرة – والتى تم تحديدها طبقا للملحق (٥) – أقل من القدرة الإنتاجية الصافية المضمونة القابلة للتحويل والمحددة فى الملحق (٥)، عندئذ تدفع الشركة للهيئة تعويضا اتفاقيا قيمته ٦٠٠ دولار/ك.و مضروبا فى الفرق بين القدرة الإنتاجية الصافية القابلة للتحويل، وصافى القدرة الإنتاجية المختبرة. فإذا كان معدل الحرارة الصافى المختبر والمحدد طبقا للملحق (٥) أقل من المعدل الحرارى الصافى القابل للتحويل المضمون المحدد فى الملحق (٥)، عندئذ تدفع الشركة للهيئة كتعويض اتفاقى مبلغا يعادل حاصل : ١) ٣٢٦٣٤ ك.و.س. مضروبا فى ٢) الفرق بين المعدل الحرارى الصافى المضمون القابل للتحويل ومعدل الحرارة الصافى المختبر المحدد بواسطة اختبارات نقل الملكية كما هو وارد فى الملحق (٥) مضروبا فى: ٣) سعر العقد السائد فى تاريخ نقل الملكية.

ج – تقوم الشركة والهيئة – خلال شهر واحد سابق لتاريخ نقل الملكية – بالتفتيش سويا على المجمع وإعداد تقرير (تقرير الحالة عند نقل الملكية) يحدد أى إصلاحات أو استبدالات و / أو تعديلات قد تكون مطلوبة حتى يصبح المجمع مطابقا للأوضاع المتوقعة المبينة عاليه، مع بيان التكلفة التقديرية لكل ذلك، بالإضافة إلى ذلك، يحدد تقرير الحالة عند نقل الملكية أى تعويضات اتفاقية للقدرة الإنتاجية ومعدل الحرارة.

المبحث الثانى

انتهاء عقد الـ "B.O.T." دون تنفيذ

تمهيد وتقسيم :

ينتهى الالتزام العقدى لعقد الــ "B.O.T." دون تنفيذ بسبب استحالة تنفيذه، أو إذا أخل أحد طرفيه بأحد التزاماته فيطلب الطرف الآخر فسخ العقد، أو عندما يتفق الطرفان على إنهائه وهى الحالة المعروفة بــ "التقابل"۰

وقياسا على عقد المقاولة - وهو أقرب العقود إلى عقد ألــ "B.O.T."، فإن العقد الأخير ينتهى بالإرادة المنفردة للجهة الحكومية المتعاقدة، أو للمالك الأصلى للمشروع المتعاقد على تنفيذه، كما ينتهى بموت المستثمر - الملتزم بتنفيذ - المشروع، أو إفلاسه، أو إفلاس شركة المشروع، بل قد يؤثر انقضاء شركة المشروع على انتهاء عقد الــ "B.O.T."۰

وإذا كان الأمر كذلك فيقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: انتهاء عقد الــ "B.O.T." بسبب استحالة التنفيذ۰

المطلب الثانى: انتهاء عقد الــ "B.O.T." بالفسخ۰

المطلب الثالث: انتهاء عقد الــ "B.O.T." بالتقابل۰

المطلب الرابع: قدرة الإرادة المنفردة على إنهاء عقد الــ "B.O.T." "التحلل من العقد"۰

المطلب الخامس: أثر انهيار الاعتبار الشخصى على انتهاء عقد الــ "B.O.T."۰

المطلب الأول

انتهاء العقد بسبب استحالة التنفيذ

نصت المادة ٦٦٤ من التقنين المدنى على أن: "ينقضى عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه"[١].

وهذا النص ليس إلا تطبيقا للمبدأ العام فى انقضاء الالتزام الذى تقرره المادة ٣٧٣ من القانون المدنى والتى تنص على أن: "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه". فإذا أثبت الملتزم أن العمل المتعاقد عليه قد أصبح مستحيلا بسبب أجنبى، لا يد له فيه، ينقضى التزامه باستحالة التنفيذ"، وينقضى التزام الجهة المتعاقدة معه - المقابل له - وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، تطبيقا لأحكام المادة ١٥٩ من القانون المدنى التى تنص على أن: "فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

وتؤكد اتفاقيات التجارة الدولية انتفاء مسئولية المدين وفسخ العقد كأثر لوقوع حالة القوة القاهرة[٢].

ومثل ذلك، الشرط النموذجى الذى أعدته غرفة التجارة الدولية للقوة القاهرة، فتنص الفقرة الأولى من البند الأول من هذا الشرط على أن: "لا يعتبر الطرف مسئولا عن عدم تنفيذ أى من التزاماته بالقدر الذى يثبت فيه

---

(١) وتنص المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات العقود اللبنانى على أن: "تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة: "اولا ....، ثانيا .....، ثالثا: باستحالة إجراء العمل بسبب قوة قاهرة".

وتنص المادة ٦٨٥ من التقنين المدنى الكويتى على أن: "تنتهى المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه لسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، وعندئذ يكون للمقاول الحق فى مطالبة رب العمل بما أنفقه وما يستحقه من أجر، وذلك فى حدود ما عاد من منفعة على رب العمل.

وهذه النصوص تتفق فى حكمها مع التقنين المصرى، وإن جاءت بتفصيل أكثر.

(٢) من ذلك اتفاقية (فيينا ١٩٨٠) المادة ١/٧٩ - الفصل الرابع "الإعفاءات". انظر فى ذلك الدكتور/ شريف محمد غنام، سابق الإشارة إليه، ص ٦٩.

أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن إرادته، وأنه لم يكن من المعقول أن يتوقعه أو يتوقع نتائجه على موقفه فى تنفيذ العقد لحظة إبرامه، وأنه لم يكن من المعقول أن يتجنبه أو يتخطاه أو على الأقل يتجنب أو يتخطى نتائجه"[١]. أما بالنسبة إلى فسخ العقد، فينص البند الثامن من الشروط على أنه: "إذا امتدت القوة القاهرة مدة أطول من المدة المنصوص عليها من المتعاقدين، أو فى حالة غياب مثل هذا النص، امتدت أزيد من المدة المعقولة، فلأى من الطرفين فسخ العقد بشرط إعلان الطرف الآخر"[٢].

وتسير مبادئ Unidroit على نفس نهج اتفاقيات التجارة الدولية فيما يتعلق بأثر القوة القاهرة، فتنص الفقرة الأولى من المادة ٧-١-٧ من هذه المبادئ على أن: "لا يسأل المدين عن نتائج عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق يفلت من رقابته وأنه ليس من المعقول أن ينتظر منه أن يأخذه فى اعتباره لحظة إبرام العقد، أو أن يتجنبه أو يتخطاه أو يتجنب أو يتخطى نتائجه". وتنص الفقرة الرابعة من هذه المادة على أن: "لا تمنع نصوص هذه المادة، الأطراف من أن يمارسوا حقوقهم فى فسخ العقد أو وقف تنفيذ التزاماتهم ....."[٣].

استحالة تنفيذ العقد وفقا لنموذج عقد الفيديك :

يقضى البند ٦٦ من نموذج عقد الفيديك بأنه: "إذا حدث ما لا يمكن أن يعزى إلى أى من الطرفين من ظروف، بعد صدور خطاب قبول العطاء إلى المقاول، وترتب عليه أن أصبح من المستحيل أو غير المشروع لأى من الطرفين أن يفى بالتزاماته العقدية، أو إذا كانت شروط العقد تقتضى إعفاء الطرفين من المضى فى تنفيذ، فإن ما يستحقه المقاول قبل صاحب العمل، عن الأشغال المنفذة، يحدد وفقا لقواعد البند ٦٥ فى حالة إنهاء العقد وفقا لهذا البند".

---

(١) البند الأول من الشرط "الإعفاء من المسئولية"، منشورات غرفة التجارة الدولية، المنشور رقم ٤٢١ لسنة ١٩٨٥.

(٢) البند الثامن من الشرط "أثر أسباب الإعفاء من المسئولية".

(٣) المادة ٧-١-٧ "القوة القاهرة"، من مبادئ اليونيدروا UNIDROIT، مايو ١٩٩٤.

والملاحظ أن هذا البند يعالج احتمالين هما:

١ - استحالة التنفيذ التى تعزى إلى ظروف خارجة عن سيطرة طرفى العقد، أو

٢ - إذا كان القانون الواجب التطبيق يعفى طرفى العقد من الوفاء بالتزاماتهما لأسباب أخرى لا تكون راجعة إلى استحالة التنفيذ.

فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى، فإن الظروف التى تخرج عن سيطرة العاقدين، هى الظروف القاهرة، ومن المعروف أن فكرة استحالة التنفيذ التى ترجع إلى القوة القاهرة فى النظام المصرى (والفرنسى) تختلف عن فكرة استحالة التنفيذ التى ترجع إلى الـ Frustration فى الشريعة العامة Comman Law والتى استقى منها البند ٦٦ من نموذج عقد الفيديك.

فاستحالة التنفيذ فى القانون المصرى هى استحالة دائمة ومطلقة، أما استحالة التنفيذ فى الشريعة العامة، فتنحصر إلى حوادث غير منظورة تقع، فتحول دون تحقق الغرض الذى دار فى خلد المتعاقدين[١].

وتختلف الآثار المترتبة على استحالة تنفيذ العمل - فى القانون المدنى المصرى - بحسب ما إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطأ شركة المشروع، أو إلى خطأ الجهة المالكة للمشروع، أو كانت لسبب أجنبى لا يد لأى منهما فيه، وذلك كالقوة القاهرة[٢]، أو التغيير فى القوانين[٣].

---

(١) راجع فى ذلك: الدكتور/ محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات فى القانون المصرى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٧٥.

(٢) راجع فى ذلك: الدكتور/ السنهورى: الوسيط الجزء السابع، المجلد الأول، سابق الإشارة إليه، ص ٣١٢؛ الدكتور محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ١٨١؛ الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، سابق الإشارة إليه، ص ١٠٥.

(٣) ومثال ذلك ما نصت عليه اتفاقية شراء القوى الكهربائية الخاصة بمجمع توليد القوة الكهربائية بسيدى كرير / مصر إذ جاء بها:

-

وقد سبق أن تحدثنا عن السبب الأجنبى، عند الحديث عن أسباب الإعفاء من المسئولية فى الفصل السابق فنحيل إليه منعا للتكرار[١].

= "بند ١٥ – ٩ الإنهاء نتيجة حالة قوة قاهرة أو تغير فى القوانين: إذا وقعت قوة قاهرة منصوص عليها فى البنود ١٥-١-أ، ب، ج، د، هـ، و، من هذه الاتفاقية، أو التغيير فى القوانين:

أ – يكون للشركة الحق فى إنهاء هذه الاتفاقية بإرسال إخطار كتابى للهيئة بالإنهاء فى أقرب وقت بعد امتداد آثار حالة القوة القاهرة أو التغيير فى القوانين – حسب الأحوال – أكثر من (١٢) شهرا، و

ب – يكون للهيئة الحق فى إنهاء هذه الاتفاقية بإرسال إخطار كتابى للشركة بالإنهاء فى أى وقت بعد امتداد آثار حالة القوة القاهرة أو التغيير فى القوانين – حسب الأحوال – أكثر من ستة (٦) أشهر . وأى إنهاء كهذا بموجب هذه المادة (١٥-٩) يصبح نافذا متى قامت الهيئة بدفع المبالغ المحتسبة طبقا للبند ٥-١٠-أ من هذه الاتفاقية وانتقال المجمع للهيئة خاليا من أى حجوز أو أعباء، كل ذلك طبقا لأحكام المادة ٥-١٠ من هذه الاتفاقية".

وعرفت المادة ٥ – ١/١٦ التغيير فى القوانين بأنه يعنى ما يلى:

"أ – إقرار، أو إصدار، أو تعديل، أو إلغاء، أو إعادة تفسير أى قانون مصرى بمعرفة أى جهة حكومية بعد تاريخ النفاذ (ويشمل هذا على سبيل المثال لا الحصر أى قرار من جهة حكومية بعد تاريخ النفاذ يعدل أو يتعارض – هو (أو آثاره) – القوانين المصرية القائمة أو السارية عند تاريخ النفاذ)، أو

ب – فرض أى جهة حكومية – بعد تاريخ النفاذ – أى أحكام أو شروط تتعلق بإصدار أو تجديد أو تمديد أو استبدال أو تعديل أى موافقة من شأنها فى أى حالة أن تسهم فى تغيير التكاليف، أو تتطلب تعديلا تنظيميا أو تجعل مستندات التمويل غير قانونية أو غير واجبة النفاذ أو باطلة، أو غير ذى أثر، أو تحدد متطلبات، أو تفرض قيودا على إنشاء أو تشغيل أو صيانة أو تمويل أو تأمين أو ملكية المجمع أو الشركة أو الأسعار واجبة الدفع بموجب الاتفاقية والتى تعتبر أكثر تقييدا أو إرهاقا من أشد المتطلبات تقييدا أو إرهاقا".

(١) راجع ما سبق، ص ٣٤٦.

المطلب الثانى

انتهاء عقد الـ "B.O.T." بالفسخ

تحدثنا فيما سبق[١] عن الفسخ كجزاء للإخلال بالمسئولية العقدية، وقلنا أنه ينهى العقد قبل تنفيذه، ويجوز طلب فسخ عقد الـ "B.O.T." إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وفقا للقواعد المقررة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين . فإذا أخلت شركة المشروع بأحد التزاماتها، كأن لم تنجز العمل بالطريقة المتفق عليها أو التى تقضى بها أصول الصنعة، أو تأخرت فى تسليم المشروع، أو ظهر فى المشروع عيب خفى واجب الضمان، جاز لمالك المشروع أن يطلب فسخ العقد، والمحكمة تقدر هذا الطلب، فإن استجابت له تم فسخ العقد واعتبر كأن لم يكن .

ويحرص الشخص المعنوى العام المتعاقد على أن يتضمن العقد النص على حقه فى إنهاء العقد فى حالة إخلال الشركة بأى من التزاماتها الجوهرية، وعلى وجه التحديد الإخفاق فى الاتفاق المالى خلال مدة معينة من تاريخ التوقيع على العقد أو عدم الالتزام بالبدء فى التشغيل التجارى لمدة معينة (ستة أشهر مثلا) متأخرة عن الموعد المتفق عليه، كما يعد من حالات الإخلال الجوهرى تشغيل المشروع على نحو ضار بسلامة الأشخاص والممتلكات[٢] .

كما يعد من حالات الإخفاق الجوهرى كذلك صدور قرار من مساهمى الشركة بحلها أو تصفيتها قبل انتهاء أجلها أو التنازل عن حقوقها للغير بدون الحصول على الموافقة المسبقة من الجهة المالكة للمشروع[٣] .

---

(١) راجع ص ٣٣٧.

(٢) انظر:

Vinter, "G.": Project Finance Alegal Guide 2 nd ed, 1998, P. 36.

(٣) الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص، ص ٢٦٠.

وإذا أخلت الجهة المالكة للمشروع بأحد التزاماتها، كأن امتنعت عن تمكين شركة المشروع من إنجاز العمل أو عن تسليمه الأرض المتعين إنجاز المشروع عليها، أو عن تقبل المشروع أو تسلمه، أو عن تمكين الشركة من استغلال المشروع خلال المدة المحددة لذلك جاز للشركة - هي أيضا - أن تطلب فسخ العقد[١].

وطبقا للقانون المدنى المصرى، لا يجوز إنهاء العقد إلا بصدور حكم قضائى بذلك من المحكمة المختصة، إلا إذا نص العقد صراحة على أنه فى حالة إخلال أى من طرفى العقد بالتزاماته، فإن للطرف الآخر إنهاء العقد بناء على إخطار يرسله الطرف الراغب فى الإنهاء، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك. وعلى هذا نصت المادة ١٥٨ من القانون المدنى المصرى على أن: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه"[٢].

وعادة تهتم عقود الـ "B.O.T." بتنظيم حالات فسخ العقد أو إنهائه من قبل أى من الطرفين[٣].

---

(١) وقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن: "تنتهى إجارة الخدمة أو الصناعة أولا: ... ثانيا: بصدور حكم من القاضى بفسخ العقد فى أحوال معينة فى القانون. ثالثا ...، وللمحكمة عند فسخ العقد، أن تعطى تعويضا للطرف الذى طلب الفسخ، عما أصابه من ضرر بسبب الفسخ، مع مراعاة ما أنجزه المقاول من أعمال".

راجع فى ذلك: الدكتور/ السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، سابق الإشارة إليه، ص ٢٩٤.

(٢) الدكتور/ محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات فى القانون المصرى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٧٨.

(٣) من ذلك ما جاء فى اتفاقية شراء القوى الكهربائية الخاصة بمجمع توليد القوى بسيدى كرير - مصر، سابق الإشارة إليها، بند ٥ - ٢ حالات تقصير الشركة الإنهاء من جانب الهيئة: "تعتبر كل من الحالات التالية (كل منها حالة تقصير من الشركة). وإذا لم يتم معالجتها خلال المدة المسموح بها - (إن كان ثمة مدة) - طبقا للمادة ٥ - ٤ أو ٥ - ٥ من هذه الاتفاقية، =

- فإنها تنشئ حالة للهيئة لإنهاء هذه الاتفاقية وفقا للبند ٥ - ٤ منها بشرط أن تكون قد حصلت على موافقة كتابية مسبقة من البنك المركزى المصرى على هذا الإنهاء، وتقدم نسخة من هذه الموافقة للشركة مع أى إخطار منصوص عليه فى المادة ٥ - ٤ من هذه الاتفاقية....

أما حالات تقصير الشركة المشار إليها، فهى ما يلى:

أ - تخلف الشركة عن التقدم (أو الأمر بالتقدم) بجميع طلبات الحصول على الموافقات المنصوص عليها فى المادة (١) من الملحق (١١) إلى الجهات المناسبة فى موعد غايته ستة أشهر من تاريخ النفاذ؛

ب - تخلف الشركة عن الحصول على جميع الموافقات المنصوص عليها فى المادة (٢) من الملحق (١١) فى موعد غايته ١٢ شهرا من تاريخ النفاذ، ما لم يكن هذا التقصير بسبب تأخر الجهة المعنية فى إجراءات إصدار هذه الموافقات، وطالما لم تسهم تصرفات الشركة أو امتناعها عن التصرف فى هذا التأخير؛

ج - تخلف الشركة عن إتمام الإقفال المالى فى موعد غايته ١٢ شهرا من تاريخ النفاذ ما لم يكن هذا التقصير راجعا إلى تأخير الجهة المعنية فى إعداد الموافقات التى تمس الإقفال المالى، طالما لم يكن هذا التأخير بسبب تصرفات أو امتناع عن التصرف من جانب الشركة؛

د - تقصير الشركة فيما يلى:

(١) بدء الإنشاءات خلال ٩٠ يوما من الإقفال المالى؛ أو

(٢) تحقيق جميع الشروط المسبقة للتوافر المبدئى للأرصدة بموجب مستندات التمويل خلال ٩٠ يوما من الإقفال المالى؛

هـ - تقصير الشركة فى الالتزام بتاريخ التشغيل التجارى خلال ٩ (تسعة) أشهر من التاريخ المطلوب للتشغيل التجارى ما لم يكن هذا التقصير بسبب:

(١) عدم توريد الغاز أو الوقود البديل من مورد الوقود إلا إذا كان هذا بسبب تقصير الشركة طبقا للمادة (١٤) من اتفاقية توريد الوقود؛

(٢) التأخير فى تجهيز المجمع للتشغيل بسبب نقل أو عدم نقل الآثار (حسب الأحوال)؛

(٣) تأخير الجهة المعنية فى إصدار أية موافقات مطلوب إصدارها قبل تاريخ التشغيل التجارى طالما أن تصرفات الشركة أو امتناعها عن اتخاذ إجراءات معينة لا تسهم فى هذا التأخير؛ أو

(٤) عدم قيام شركة كهرباء الإسكندرية بتوريد الطاقة كما هو مبين فى المادة ٤ - ٥ من هذه الاتفاقية.

و - تخلى الشركة عن المشروع أو تقصيرها فى مواصلة تنفيذ المشروع باتقان بعد "بدء الإنشاءات" وقبل تحقق تاريخ التشغيل التجارى لمدة ثلاثين يوما متتالية دون إخطار الهيئة كتابة بذلك والحصول على موافقتها الكتابية المسبقة. على أنه بعد بدء إنشاءات الموقع للمجمع لا تعتبر الشركة قد تخلت عن إنشاء المجمع (وبالتالى عن مواصلة تنفيذ المشروع)-

- طالما كانت تبذل كافة الجهود المناسبة لاستعادة سيطرتها على المجمع والعودة إلى تلك الإنشاءات.

ز - تخلى الشركة عن المجمع بعد تاريخ التشغيل التجارى لمدة ثلاثين يوما متتالية دون إخطار الهيئة والحصول على موافقتها الكتابية المسبقة.

ح - تكبد خسائر متزايدة فى التشغيل بعد تاريخ التشغيل التجارى لفترة محاسبية قدرها ١٢ شهرا (ويتم تحديدها طبقا للأسس المحاسبية العامة المقبولة فى مصر والثابتة التطبيق) مع مراعاة أية إيرادات تأمين.

ط - تقصير الشركة فى تشغيل أو صيانة أو تعديل أو إصلاح المجمع طبقا للممارسات الحريصة للمرافق بحيث يكون لذلك التقصير أثر جوهرى ضار على سلامة الأشخاص والممتلكات أو على المجمع أو نظام الشبكة، أو على مهمات ومعدات النقل أو وحدات الربط.

ى - أى إخلال جوهرى من الشركة بهذه الاتفاقية أو بضمان البنك المركزى ولم يتم معالجته خلال ثلاثين يوما من تاريخ إرسال الهيئة أو البنك المركزى المصرى إخطار للشركة والوكيل ويكون الوكيل قد قام باستلامه. على أن يوضح الإخطار أن إخلالا جوهريا بالاتفاقية قد حدث ولا يزال مستمرا ويمكن أن يؤدى إلى إنهاء هذه الاتفاقية، ويبين الإخلال الجوهرى المعنى وذلك بتفصيل مناسب ويطلب معالجته.

- أما حالات طلب الفسخ من قبل شركة المشروع نتيجة تقصير الجهة الحالة فنصت عليها المادة ٥ - ٣ حالات تقصير الهيئة - الإنهاء من جانب الشركة:

تعتبر كل الحالات التالية حالات تقصير من الهيئة (كل منها"حالة تقصير من الهيئة")، وإذا لم يتم معالجتها خلال المدة المسموح بها (إن كان ثمة) طبقا للبند ٥ - ٤ أو ٥ - ٩ من هذه الاتفاقية فإنها تنشئ للشركة الحق فى إنهاء هذه الاتفاقية طبقا للبند ٥ - ٤ على أن أيا من هذه الحالات لا تعتبر حالة إخلال من الهيئة إذا:

(١) كانت نتيجة لإخلال من جانب الشركة بهذه الاتفاقية أو بضمان البنك المركزى أو باتفاقية حق الانتفاع؛ أو

(٢) وقعت نتيجة لحالة قوة قاهرة أو أثناء قيامها خلال الفترة المنصوص عليها طبقا للبند ١٥ - ٤ من هذه الاتفاقية.

وحالات التقصير المذكورة هى:

أ - تصفية الهيئة طبقا للقانون - باستثناء التصفية للإدماج، أو إعادة التنظيم أو إعادة التأسيس، أو الخصخصة - حيث تؤول فى مثل هذه الحالة جميع التزامات الهيئة المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية وفى اتفاقية حق الانتفاع، أو تنتقل طبقا للقانون واجب التطبيق، أو تتحملها تعاقديا بموجب العقد البديل جهة أو أكثر لها الأهلية القانونية والاختصاص التجارى الملائم لتنفيذ مثل هذه الالتزامات، وحيث يضمن البنك المركزى -

= المصرى نيابة عن جمهورية مصر العربية دون انقطاع تنفيذ الجهة أو الجهات التى تخلف الهيئة بنفس الشروط والأوضاع المتاحة بموجب ضمان البنك المركزى أو أى ضمان تجارى آخر يقدم لضمان التزامات الجهة التى تحل محل الهيئة ترى الشركة بتقديرها العملى المناسب وبتقدير المقرضين المطلق - فى حالة وجودهم - أنه بديل مناسب لضمان البنك المركزى.

ب - أى تقصير من جانب الهيئة - لمرة أو أكثر - فى سداد أى مدفوعات مطلوب منها سدادها خلال (٣٠) يوما من تاريخ استحقاق هذه المدفوعات، ثم أى تقصير من جانب البنك المركزى المصرى - بعد إخطاره - فى سداد أى دفعة طبقا لشروط ضمان البنك المركزى والتى لا يتم دفعها لمدة ١٥ يوم عمل مستمر أو أكثر.

ج - أى بيان أو إقرار أو ضمان من الهيئة فى هذه الاتفاقية يثبت عدم صحته من أى جهة عند صدوره أو عند اعتباره قد صدر، متى كان لهذا التقصير أو البيان أو الإقرار أو الضمان غير الصحيح أثر جوهرى ضار يمس مقدرة الهيئة على تنفيذ التزاماتها المترتبة على الاتفاقية.

د - أى إخلال جوهرى من الهيئة بهذه الاتفاقية أو باتفاقية حق الانتفاع أو بأى إقرار أو اتفاق مباشر - حسب الأحوال - بين الهيئة والمقرضين طبقا للبند ٢٠ - ١٠ من هذه الاتفاقية، ولم يتم معالجة الأمر خلال (٣٠) يوما من تاريخ إمطار الشركة للهيئة بأن إخلالا جوهريا بهذه الاتفاقية أو الإقرار - حسب الأحوال - قد حدث ويمكن أن يؤدى إلى إنهاء هذه الاتفاقية مع بيان الإخلال المعنى بتفصيل مناسب وطلب معالجته.

هـ - تقصير الهيئة فى استكمال إنشاء وتركيب مهمات ومعدات النقل فى موعد غايته ٦ (ستة) أشهر إما من التاريخ المجدول للتشغيل التجارى أو التاريخ المطلوب للتشغيل التجارى - أيهما أسبق - وأى تعديل لهذه التواريخ بسبب حالات القوة القاهرة وليس بسبب تأخير الهيئة؛ أو

و - أى تعديل فى قوانين معمول بها فى مصر أو تعديل فى تفسيرها يؤدى إلى:

(١) عدم مشروعية، أو عدم نفاذ، أو عدم صحة، أو بطلان أى مسئولية جوهرية على عاتق الهيئة بموجب هذه الاتفاقية أو اتفاقية حق الانتفاع.

(٢) عدم مشروعية قيام الشركة أو المقرضين بسداد أو استلام أى مدفوعات، أو تنفيذ أى التزام أو التمتع بأى حق جوهرى منصوص عليه فى هذه الاتفاقية أو فى اتفاقية حق الانتفاع أو فى ضمان البنك المركزى أو فى اتفاقية توريد الوقود، أو تنفيذ مثل هذا الحق، أو أى إقرار أو اتفاق مباشر - حسب الأحوال - من الهيئة للمقرضين؛ أو

(٣) عدم نفاذ، أو عدم صحة، أو بطلان مثل هذه المدفوعات أو التنفيذ لمثل هذه الالتزامات الجوهرية أو المتمتع بـ / أو تنفيذ أى حق جوهرى طالما كان الأثر فى الحالة (١) أو (٢) أو (٤) بعاليه يستمر لأكثر من (٩٠) يوما.

المادة ٥ - ٤ إخطارات الإنهاء - الإنهاء :

أ - بمجرد حدوث حالة تقصير من الهيئة أو من الشركة - حسب الأحوال - ولم يتم =

وقد سبق[١] أن عرضنا حالات الفسخ، عند الحديث عن الفسخ كجزاء للإخلال بالالتزام العقدى فنحيل إليه منعا للتكرار •

المطلب الثالث

انتهاء العقد بإرادة الطرفين (التقابل)

قد ينتهى عقد الـ "B.O.T." قبل تنفيذه باتفاق الطرفين على إنهائه، وهى الحالة التى تسمى بـ "التقابل"، حيث تتفق شركة المشروع والجهة المالكة للمشروع المتعاقدة معها على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة، وكما انعقد العقد بتراضى الطرفين، فإنها تنتهى كذلك بتراضيهما • ويغلب أن يسوى المتعاقدان الحساب بينهما باتفاق يضمنانه التقابل، فإذا سكتا عن ذلك فإن المبادئ العامة، وعلى الأخص مبدأ الإثراء بلا سبب[٢] تتكلف بتسوية الحساب •

= معالجتها خلال المدة المطلوبة لذلك (إن كان ثمة)، يجوز للطرف غير المقصر أن يبادر - باختياره - بإنهاء هذه الاتفاقية بإرسال إخطار كتابى "إخطار العزم على الإنهاء" للطرف المقصر يفيد العزم على إنهاء هذه الاتفاقية ويحدد بتفصيل مناسب حالة تقصير الشركة أو حالة تقصير الهيئة - حسب الأحوال - المؤدية إلى القيام بإرسال إخطار العزم على الإنهاء•

ب - وعقب إرسال إخطار العزم على الإنهاء يتشاور الطرفان لمدة ٤٥ يوما فى حالة تقصير أحد الطرفين فى سداد مدفوعات أو تقديم ضمان عند وجوب ذلك، وحتى (٩٠) يوما بالنسبة لأى حالة تقصير أخرى (أو مدة أطول قد يتفق عليها الطرفان)، بشأن الخطوات الواجب اتخاذها لتخفيف آثار حالة التقصير المعنية مع مراعاة كافة الظروف السائدة•

وخلال الفترة التالية لإرسال إخطار العزم على الإنهاء يجوز للطرف المقصر مواصلة بذل الجهود لمعالجة التقصير، وإذا تمت معالجة التقصير فى أى وقت قبل إرسال إخطار الإنهاء طبقا للبند ٥ - ٤ - ج من هذه الاتفاقية، عندئذ لا يكون للطرف غير المقصر الحق فى إنهاء هذه الاتفاقية بالنسبة للتقصير الذى تمت معالجته•

ج - بانتهاء أية مدة تشاور مبينة فى البند ٥ - ٤ - ب من هذه الاتفاقية يجوز للطرف الذى أرسل إخطار العزم على الإنهاء، إنهاء هذه الاتفاقية بموجب إخطار إنهاء للطرف الآخر، وبناء عليه تنتهى الاتفاقية فورا ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على غير ذلك أو يكون قد تم معالجة حالة التقصير المؤدية إلى الإخطار بالإنهاء•

(١) راجع ما سبق، ص ٣٣٧ وما بعدها•

(٢) يقصد بالإثراء بلا سبب، أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانونى، يلتزم بأن يرد إلى هذا الغير أقل القيمتين، ما أثرى به هو ، وما أفتقر به الغير• =

وقد أخذ بهذا المبدأ مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى أحد تحكيماته حيث انتهى إلى: "أن العقد الصحيح ينتهى بتنفيذ الالتزامات التى ينشئها وهذا هو مصيره المألوف، وقد ينتهى العقد قبل تمام تنفيذه أو قبل البدء فى تنفيذه، فينحل وقد ينحل قبل انقضائه وقبل البدء فى تنفيذه وهو ما يعرف بالتقابل ....."[1].

= راجع فى ذلك: الدكتور/ عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ٣١-؛ الدكتور/ جميل الشرقاوى: النظرية العامة للالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ٥٧٩.

ونصت المادة ٧٩ من القانون المدنى المصرى على أن: "وكل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد".

وقضت محكمة النقض بأن: "..... ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقا للمادة ١٧٩ من القانون المدنى، أن يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى – أى أنه يلتزم برد أقل قيمتى الإثراء والافتقار، وكان تقدير قيمة الزيادة هى مال المثرى بسبب ما استحدثه من بناء يكون وقت تحققه، أى استحداث البناء – بينما الوقت الذى تقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم – وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، والتزم فى تقدير قيمة ما زاد فى مال المطعون عليه – رب العمل – بسبب ما استحدثه الطاعن "المقاول" من أعمال البناء، الواردة فى عقد المقاولة الذى قضى بفسخه فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

نقض مدنى، جلسة ١٩٧٠/٣/١٧، مجموعة المكتب الفنى، السنة ٢١، ص ٤٥.

وانظر فى التقابل: الدكتور/ السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، سابق الإشارة إليه، ص ٣٠١؛ الدكتور/ محمد لبيب شنب: عقد المقاولة، سابق الإشارة إليه، ص ١٨١.

[1] القضية التحكيمية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٩، جلسة ٢ يوليو ٢٠٠٠، مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى، مجلة التحكيم العربى، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠، ص ٢٠٩.

المطلب الرابع

قدرة الإرادة المنفردة على إنهاء عقد الـ "B.O.T."

(التحلل من العقد)

التساؤل الذى يثار فى هذا الصدد هو: هل يجوز للشخص العام المتعاقد، أو لمالك المشروع إذا كان من القطاع الخاص أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة؟

فى إطار فقه القانون الإدارى - حيث يرى البعض[١] أن عقد الـ B.O.T. من عقود امتياز المرافق العامة - يرى جانب من الفقهاء[٢] إمكان استرداد الامتياز كوسيلة لإنهاء الإدارة للعقد قبل نهايته الطبيعية المتفق عليها مسبقا، دون أى خطأ من جانب المتعاقد الآخر.

ولما كنا ننحو صوب تأكيد إضفاء طبيعة عقود القانون الخاص على عقود الـ "B.O.T."، وحيث لا توجد قواعد قانونية خاصة تنظم هذه العقود - بصورة مفصلة - لذلك كان علينا أن نبحث فى القواعد العامة للقانون المدنى والقانون التجارى عن مدى إمكانية تحلل الشخص العام المتعاقد أو الجهة المالكة للمشروع إذا كانت من القطاع الخاص من عقد الـ "B.O.T." بإرادتها المنفردة.

وقد ورد النص على التحلل من العقد من قبل رب العمل بإرادته كسبب من أسباب انتهاء العقد فى المادة ٦٦٣ من القانون المدنى المصرى التى نصت على أن: "١ - لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

---

(١) سبق أن ناقشنا هذا الرأى عند الحديث عن الطبيعة القانونية للعقد فى الباب الثانى من هذا البحث، راجع ص ١٥٧ وما بعدها.

(٢) الدكتور/ غسان رباح: العقد التجارى الدولى، العقود النفطية، دراسة مقارنة حول عقود الدولة مع شركات الاستثمار الأجنبية، ١٩٨٨، ص ٤٦٣.

٢ – على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تخفض منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر"٠

ويتبين من النص السابق أن لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة، لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه[١]، ويعتبر إعطاء رب العمل هذه الرخصة خروجا على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما (المادة ١٤٧/١ مدنى)٠

وقياسا على ذلك: فإن الشخص العام المتعاقد، أو مالك المشروع المتعاقد على تنفيذه "إذا كان من القطاع الخاص" له أن يتحلل من عقد الـ "B.O.T." لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه٠

والحكمة من هذا الاستثناء أن تنفيذ عقود الإنشاءات كثيرا ما يستغرق زمنا طويلا، وأنه فى الفترة ما بين إبرامها وإتمام هذا التنفيذ كثيرا ما تتغير الظروف، فيرى الشخص العام المتعاقد بعد إبرام العقد أن من الخير له العدول عنها والرجوع فى العقد، كأن يتعلق العقد بإنشاء مشروع للاستغلال ثم تصدر قوانين تغير من أسعار الخامات أو تقيد الأجور مما يجعل المشروع غير مربح، وقد تكون الجهة الحكومية المتعاقدة أو المالكة للمشروع قد اعتمدت على دراسة جدوى دلت على أن استغلال المشروع سوف يدر أرباحا ثم اكتشفت عدم جدية هذه الدراسة وأن المشروع معرض للفشل، مما يجعل المشروع غير مجد٠

---

[١] راجع فى ذلك: الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، سابق الإشارة إليه، ص ٣٠٤؛ الدكتور/ محمد لبيب شنب: عقد المقاولة، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٨.

وقد يتعاقد أحد المشروعات الخاصة على إنشاء مشـــروع مــا ثــم يكتشف أنه غير مربح بالنسبة له ... فأجاز القــانون، لســبب مــن هــذه الأسباب أو لأى سبب آخر يبدو وجيها فى نظر الشخص العام المتعــاقد أو مالك المشروع الخاص أن يرجع هذا الأخير فى العقد ويتحلل منه، علــى أن يعوض شركة المشروع عما تكبدته من نفقات وما فاتها من كسب.

من يملك إنهاء العقد بالإرادة المنفردة :

الطرف الذى أتاح له القانون التحلل من العقد بالإرادة المنفردة هــو الشخص العام المتعاقد أو مالك المشروع، فشركة المشروع ليس لها الحــق، فى التحــلل من العقد بإرادتها المنفردة، إلا إذا اتفق على ذلــك بــل تبقــى ملتزمة بتنفيــذه إلى النهاية، ويجوز للمتعاقد الآخر إجبارها علـــى التنفيـذ العينى دون أن يقتصر على مطالبتها بالتعويض. ذلك أن للشـــخص العــام المتعاقد أو الشخص الخاص المالك للمشروع مصلحة فى هذا التنفيذ العينــى دون التعويض، فهــى لم تبرم العقد إلا للحصول على هذا التنفيذ، وبالتــالى فهذه الجهة وحدها هى التى تملك التحلل من العقــد فــى مواجهــة شــركة المشروع.

شــروط إمكــان التحلــل مــن العقــد مــن قبــل الشــخص العــام المتعــاقد أو مــالك المشروع:

هنـــاك ثلاثة شروط يستشفها الفقه[١] من نـــص المـــادة ٦٦٣ مــن القانون المدنى لإمكان التحلل من عقد المقاولة بإرادة منفردة، وهذه الشــروط تنطبق أيضا فى مجال عقد الـــ "B.O.T.":

الشرط الأول: أن يكون العمل محل العقد لم يتم، فإذا كان العمل قد تم لم تعد هناك فائدة من التحلل من العقد لأن الجهـــة المتعـــاقدة مـــع شـــركة المشروع عندئذ تلتزم بدفع الأجر كاملا على سبيل التعويض، فأولى بـــها أن

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، سابق الإشارة إليـه، ص ٣٠٧ وما بعدها؛ الدكتور/ محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ١٩١ وما بعدها.

تترك لشركة المشروع حق استغلال المشروع لكى تستوفى ما أنفقت على المشروع.

الشرط الثانى: أن يكون تحلل الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع بإرادتها هى، لا بسبب خطأ شركة المشروع، ذلك أن الشركة إذا ارتكبت خطأ، فسبيل الجهة المتعاقدة معها ليس التحلل من العقد، بل طلب فسخه إذا كان هذا الخطأ يبرر الفسخ، وفى هذه الحالة تكون الشركة هى المسئولة عن تعويض الجهة المتعاقدة معها عن الضرر الذى أصابها بسبب الفسخ.

الشرط الثالث: ألا تشترط شركة المشروع على الجهة المتعاقدة معها عدم جواز التحلل من العقد، ذلك أن حق الشخص العام المالك للمشروع فى التحلل من العقد بعد التعويض ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذه القاعدة فى كل من شطريها، سواء من ناحية الاتفاق على عدم جواز تحلل الشخص العام من العقد، وفى هذه الحالة لا يجوز له التحلل بإرادته المنفردة، أو من ناحية الاتفاق على أن يكون لذلك الشخص العام التحلل من العقد، دون أن يدفع أى تعويض لشركة المشروع، أو دون أن يدفع تعويضا كاملا، بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب شركة المشروع[1].

كيفية التحلل من عقد الـ "B.O.T.":

يقع التحلل من عقد الـ "B.O.T." بإخطار يوجهه الشخص العام المتعاقد أو الجهة المالكة للمشروع برغبته فى الرجوع فى العقد. والتكييف القانونى للتحلل هو إنه إرادة من جانب واحد[2]، أى تصرف قانونى يصدر من مالك المشروع بالرجوع فى عقد الـ "B.O.T.".

ولا يشترط القانون شكلا خاصا للرجوع، ولا موعدا معينا له، وعليه فالرجوع يكون فى صورة إخطار يعلن به مالك المشروع إرادته فى

---

(١) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى: الوسيط، الجزء السابع، المجلد الأول، ص ٣١٠؛ الدكتور/ محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ١٩٣.

(٢) الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، سابق الإشارة إليه، ص ٣١٣.

التحلل من العقد، وقد يكون الإخطار فى ورقة رسمية على يد محضر، وقد يكون فى كتاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفويا. ولكن عبء إثبات الإخطار، يقع على عاتق الجهة المالكة للمشروع.

ونعتقد أنه بالنسبة إلى عقد الـ "B.O.T."، فإن التحلل من العقد يتعين أن يكون قبل إنجاز المشروع وقبل بداية فترة التشغيل والاستغلال، لأنه مع بداية فترة التشغيل يكون العمل قد تم والمشروع قد أنجز والتشغيل يتعلق به حق شركة المشروع فى العقد، إذ هو بمثابة الثمن الذى تتقاضاه الشركة على ما قدمت من عمل، ولولاه ما أقدمت على التعاقد لإنشاء المشروع. وبالتالى لا يمكن القول بجواز تحلل الشخص العام المتعاقد من العقد فى مرحلة التشغيل.

ويتم الرجوع عن العقد بمجرد وصول الإخطار إلى علم شركة المشروع طبقا للقواعد العامة المقررة فى إنتاج الإرادة لأثرها.

النتائج المترتبة على التحلل من العقد :

إذا تم توجيه الإخطار بالرجوع فى العقد من قبل الشخص العام المتعاقد أو الجهة المالكة للمشروع إلى شركة المشروع، فقد وقع التحلل من العقد بالإرادة المنفردة ويترتب على ذلك النتائج التالية:

(١) ينتهى العقد بالرجوع فيه، فلا تعود الجهة صاحبة المشروع ملزمة بتمكين شركة المشروع من تشغيل واستغلال المشروع، ولا تعود شركة المشروع ملزمة بإنجاز المشروع.

(٢) تلتزم الجهة التى تعود إليها ملكية المشروع بتعويض شركة المشروع عن جميع ما أنفقته من مصروفات وما أنجزته من الأعمال وما كانت تستطيع كسبه لو أنها أتمت العمل.

ومصدر هذا الالتزام هو القانون لا العقد الذى انتهى بالتحلل منه، فيلزم الشخص العام المتعاقد بتعويض شركة المشروع:

(أ) عن جميع ما أنفقته من مصروفات، ولو كانت مصروفات أولية، لم تعد بأى نفع على المشروع، وكذلك تعويضها عما أنجزته من أعمال ويدخل فى ذلك أجور العمال والنفقات التى أنفقتها فى إنجاز الأعمال.

وعلى شركة المشروع أنَ تسلم ما أنجزته من عمل إلى المتعاقد معها بعد أن تتقاضى قيمته على النحو سالف الذكر.

(ب) بتعويض شركة المشروع عما كانت تستطيع كسبه لو أنها أتمت العمل.

(ج) بتعويض شركة المشروع عما قد يكون أصابها من ضرر أدبى من جراء منعها من إتمام العمل، ذلك أن الشركة قد يكون لها مصلحة أدبية فى إتمام العمل كأن يكون عملا فنيا يفيد فى سمعتها[1].

وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ مدنى على أن: "يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب، إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد، وما

---

[1] وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ١/٦٦٣ من القانون المدنى على أن: "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت، قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال، وعما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل". يدل على أن المشرع أجاز لرب العمل أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة، لأسباب قد تطرأ فى الفترة من الزمن التى لابد أن تمضى بين إبرام العقد وإتمام تنفيذه مقابل تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب، ولئن كان النص المشار إليه لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أو ينشأ عن تحلله بإرادته المنفردة من عقد المقاول، إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى، ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويضه عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة".

نقض مدنى فى ٢٥ يونيو ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض، السنة ٣٠، العدد ٢، رقم ٣٣٠، ص ٣٦٦.

يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر" • وهذا ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة فقد تقوم ظروف تجعل من العدل تخفيض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب[١].

المطلب الخامس

أثر انهيار الاعتبار الشخصى على انتهاء عقد الـ "B.O.T."

يمثل الاعتبار الشخصى أهمية خاصة - فى نطاق نظرية العقد وتظهر هذه الأهمية واضحة فى نطاق العقود المدنية، حين يتمسك الدائن بضرورة قيام المدين بالتنفيذ بنفسه، وحين يتمسك الدائن بإبقاء حقوق والتزامات المتعاقد معه دون الموافقة على نقلها أو تحويلها للغير •

ويعنى الاعتبار الشخصى فى العقد الاعتداد بشخصية أحد المتعاقدين أو بصفة من صفاته، ويطلق عليها (الاعتداد المنفرد) حين يتعلق بأحد المتعاقدين، كما هو الحال فى عقود المقاولة والوديعة والهبة والتأمين، أما إذا تعلق بكلا المتعاقدين فيطلق عليه (الاعتداد المزدوج)، وذلك حينما يراعى كل طرف فى العلاقة العقدية الاعتبار الشخصى للطرف الآخر وصفاته، كما هو الحال فى عقود الوكالة، وشركة التضامن[٢].

ولما كانت عقود الـ "B.O.T." من العقود التى تحتاج إلى استثمارات مالية ضخمة، وإمكانيات فنية عالية، حيث يعهد الشخص المعنوى العام أو الجهة المالكة للمشروع إلى مستثمر من القطاع الخاص، - عادة يتخذ شكل شركة - إنشاء مشروع ذى نفع عام للجمهور لذلك يجب أن

---

[١] الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى، سابق الإشارة إليه، ص ٣١٦، ٣١٧؛ الدكتور/ محمد لبيب شنب، سابق الإشارة إليه، ص ٣٩٣ - ٣٩٦.

[٢] انظر فى الاعتبار الشخصى فى التعاقد (بصفة عامة):

الدكتور/ سمير إسماعيل: الاعتبار الشخصى فى التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥، ص ٧ وما بعدها؛ الدكتور/ محمد سعيد أمين: المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية، بدون ناشر، ٢٠٠٢، ص ٥٥.

GRELON "Bernard": Les entreprises de services, Paris, 1979, P. 34.

يراعى فى الشخص أو الشركة الذى يقع عليه الاختيار لتنفيذ المشروع مؤهلات وصفات خاصة، تجعل من المرجح أن يقوم بالعمل على الوجه الأكمل لذلك تكون شخصية المستثمر أو شركة المشروع محل اعتبار فى العقد بحيث تكون المؤهلات والإمكانيات التى يملكها هى الدافع الرئيسى الذى دفع الطرف الآخر للتعاقد معه.

ونعتقد أنه من قبيل الإمكانيات والمؤهلات التى ترجح التعاقد مع شركة المشروع ما يلى:

- الإمكانيات الفنية أو القدرة التكنولوجية(١).
- الأعمال السابقة التى قامت الشركة بتنفيذها(٢).
- ما تتمتع به شركة المشروع من السمعة أو المكانة التى وصل إليها اسمها فى السوق.
- التخصص فى نوع العمل المعهود إلى الشركة(٣).

لذلك نعتقد أن عقد الـ "B.O.T." من العقود التى تبنى على الاعتبار الشخصى(٤)، وذلك لأن شخص شركة المشروع موضع اعتبار

---

(١) الدكتور/ هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٢٦٢ وما بعدها؛ الدكتور/ عوض الله شيبة الحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٢.

(٢) راجع المستشار/ معتز كامل مرسى: تقرير بخصوص تجربة الكهرباء، سابق الإشارة إليه، ص ٤.

(٣) الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشارة إليه، ص ١٨٤.

(٤) انظر فيمن يرى أن عقد الـ "B.O.T." يقوم على الاعتبار الشخصى: الدكتور، هانى سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية، ص ٢٦٠، حيث يرى أنه من حالات الإخلال الجوهرى بالتزامات شركة المشروع التنازل عن حقوقها للغير بدون الحصول على موافقة المتعاقد معها.

– الدكتور/ جابر جاد نصار: عقود البوت، ص ٣٣؛ الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ٦٦؛ الأستاذ/ خالد بن محمد العطية، سابق الإشارة إليه، ص ١٤٠.-

خاص فى العقد، ويقوم هذا الاعتبار على الثقة التى يمنحها مالك المشروع لشركة المشروع، تلك الثقة التى جعلت هذا المالك يختار هذه الشركة دون غيرها[١]. وتحرص عقود الـ "B.O.T." - عادة - على تضمين العقد ما يفيد الإشارة إلى الاعتبار الشخصى، كالنص على التزام شركة المشروع بتنفيذ العقد بنفسها، وعدم جواز التنازل عن العقد للغير أو التعاقد من الباطن دون موافقة المالك، ومن ذلك نص المادة الخامسة من عقد إنشاء مطار مرسى علم بنظام الـ "B.O.T." والتى نصت على أن: "لا يجوز للملتزم التنازل عن أى من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة، وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل إلا إذا استوفى الملتزم شروطا معينة عند التنازل وتنص المادة (٦) من العقد على أن:

"(أ) للملتزم - بعد الحصول على موافقة المالك كتابة - التعاقد مع من يختاره من مقاولى الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الإنشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المطار، وعلى نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصدق عليه من المالك وعليه أن يزود المالك بقائمة هؤلاء المتعاقدين وبياناتهم (الاسم - العنوان - وصف الأعمال المتعاقد معه عليها).

(ب) ليس من شأن تعاقد الملتزم مع أى من المقاولين التأثير على أداء أى التزام من التزاماته بموجب هذا العقد، أو أن ينتقص من مسئوليته عن التقصير فى أداء ذلك الالتزام، أو أن يلغى تلك المسئولية.

- وحكمت المحكمة الإدارية العليا بأن: "من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية، لا يجوز أن يحل غيره فيها ...."، حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٣/١٢/٢٨، المجموعة س ٩، ص ٣٢٤.

(١) انظر:

GRELON "B.", Op. Cit., P. 34.

(ج) يوافق الملتزم على تعويض المالك عن أى ضرر يلحقه مقاولو الباطن بحقوق المالك، أو تنجم عنه أية مسئولية قد يتحملها المالك تجاه الغير نتيجة قيام مقاولوا الباطن، أو إغفالهم القيام بعمل من الأعمال"[١].

ويترتب على الاعتبار الشخصى وجوب أن تقوم شركة المشروع - بنفسها - بتنفيذ الالتزام العقدى، وبالتالى يترتب على انقضاء الشركة أو إفلاسها انتهاء العقد[٢].

أثر انقضاء شركة المشروع فى انتهاء العقد :

انقضاء الشركة معناه انحلال الرابطة القانونية التى تجمع الشركاء[٣]، وتنقضى الشركة بتحقق سبب من أسباب الانتهاء المسلم بها فى فقه الشركات، مثل انقضاء المدة المحددة لها[٤]، أو انقضاء العمل الذى قامت من أجله[٥]، أو هلاك مالها، أو تأميمها، أو حلها رضاء أو عن طريق القضاء[٦].

---

(١) راجع المادة الخامسة من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه.

(٢) ذلك لأن المفلس لا يستطيع مباشرة التصرف فى أمواله وإدارتها بنفسه فأولى أن تغل يده عن أموال المشروع، والإعسار كالإفلاس فى ذلك، فإذا أشهر إعسار أى طرف فى العقد انتهى العقد.

انظر: الدكتور/ على سيد قاسم: عقد الالتزام التجارى، مجلة الاقتصاد والقانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الرابعة والخمسون، ١٩٨٦، ص ٢٣.

(٣) الدكتور/ محمد فريد العرينى: الشركات التجارية، المشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار القانونى وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٦١.

(٤) تنص المادة ١/٥٢٦ من القانون المدنى على أن: "تنتهى الشركة بانقضاء الميعاد المعين لها".

(٥) إذا تألفت الشركة للقيام بعمل معين كإنشاء طريق أو حفر قناة ثم انتهى هذا العمل، انقضت الشركة (مادة ١/٥٢٦ مدنى).

(٦) تنقضى الشركة بإجماع الشركاء على حلها قبل حلول أجلها (مادة ٥٢٩ مدنى)، وتنص المادة ١/٥٣٠ مدنى على أن: "يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء الشريك بما تعهد به أو لأى سبب آخر يرجع إلى الشركاء ....".

راجع فى أسباب انقضاء الشركات عموما: الدكتور/ على حسن يونس: الشركات التجارية، النظرية العامة للشركات وشركات التضامن والتوصية بالأسهم، بدون ناشر، ١٩٨٨، ص ١٨١ وما بعدها؛ الدكتور/ محمد فريد العرينى: الشركات التجارية، سابق الإشارة -

ومتى وجد سبب من أسباب انقضاء الشركة فإنها تنقضى بالنسبة للمستقبل فقط، فالانقضاء لا يؤثر فى قيام الشركة، وفى وجود عقدها وصحته، طوال الفترة السابقة على الانقضاء، ولكنه يمنع استمرار وجودها إلا فى حدود ضيقة بالقدر اللازم لأعمال التصفية، وعلى ذلك فإن الالتزامات التى التزمت بها الشركة للغير، أو التى تقررت على الغير للشركة قبل الانقضاء تكون صحيحة ومنتجة لآثارها، وتلتزم الشركة أو الغير بتنفيذها بعد الحل، فلا يكون الحل سببا أو مبررا لطلب فسخها[1]، وبالتالى يمكن القول أن الشركة فى مرحلة التصفية[2] يمكنها أن تستمر فى تنفيذ عقد ألـ "B.O.T." لأنه من الالتزامات التى التزمت بها الشركة قبل

= إليه، ص ٦٤؛ الدكتورة/ نادية محمد معوض: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٠٣؛ الدكتور/أحمد محمد محرز: الشركات التجارية، النسر الذهبى للطباعة، ١٩٩٩، ص ١٧٢ وما بعدها.

MERLE, "P.H.": Droit commercial, Sociétès commerciales 5e éds 1996. P. 102.

(١) قضت محكمة النقض بأن: "انقضاء الشركة لا يحول دون استمرار شخصيتها المعنوية بالقدر اللازم للتصفية، وخلو عقد تأسيسها من بيان كيفية تصفيتها أثره وجوب الرجوع إلى أحكام القانون المدنى". الطعن رقم ٢٥٢٢ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٢٠٠١/٥/١٥، منشور بمجلة المحاماة، العدد رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، ص ٨٦.

وقضت بأن: انقضاء الشركة ودخولها دور التصفية أثره إنهاء سلطة المديرين مع استمرار التصفية، مؤداه عدم قيام المصفى بأى عمل جديد من أعمال الشركة". الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٢٠٠١/٢/٨، منشور بمجلة المحاماة العدد رقم ٢، لسنة ٢٠٠٢، ص ٨٠.

(٢) نصت المادة ٥٣٣ من القانون المدنى المصرى على أن: "تنتهى عند حل الشركة سلطة المديرين، أما شخصية الشركة فتبقى بالقدر اللازم للتصفية، وإلى أن تنتهى هذه التصفية".

ونصت المادة ١٣٨ من قانون الشركات المصرى على أن: "تحتفظ الشركة خلال مدة التصفية بالشخصية الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التصفية".

وعلى ذلك يتعين على المصفى أن يسير بالشركة فى طريق النهاية، فيمتنع عليه ابتداء عمليات استغلال يترتب عليها إطالة بقاء الشركة، لأن ذلك يتنافى مع أهداف التصفية، ولكن يكون للمصفى ذلك إذا كان لازما لإتمام أعمال سابقة على حل الشركة، راجع فى ذلك: الدكتور/ على يونس، سابق الإشارة إليه، ص ٢١٤، ٢١٥.

انقضائها، كما أن هناك مصلحة تعود على الشركاء من تشـــغيل المشـــروع واستغلاله خلال مرحلة التصفية.

وعلى هذا فإن انقضاء شركة المشروع يترتب عليه انتهاء عقد الـــ "B.O.T." إلا إذا كانت الشركة قد بدأت فى تنفيذ العقد قبل دخولها فى مرحلة التصفية وأمكن إدراك تنفيذ العقد ضمن أعمال التصفية.

ونخلص من كل ما سبق إلى أن الاعتبار الشخصى الذى يقوم عليـــه عقد الـــ "B.O.T." يؤتى أثره فى انتهاء هذا العقد وذلك عندما تنتهى شـــركة المشروع لأى سبب من أسباب الانتهاء.

الفصل الثالث

وسائل حسم وتسوية المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقود الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

لا يكفى أن تحدد الدولة القواعد التى تعامل الاستثمارات الأجنبية على أساسها، بل يجب أن يطمئن المستثمرون إلى وجود وسائل عادلة لتسوية ما قد ينشأ بينهم وبين الدولة التى يستثمرون فيها من خلافات .

ويتطلب هذا ثقة عامة فى النظام القضائى للدولة وتوافر هيئات قضائية مختصة بالحكم فى منازعات الاستثمار، ولو كان المدعى عليه هو الدولة نفسها، وقد ترى الدولة محل وجود الاستثمار تخصيص نوع معين من المحاكم للنظر فى مثل هذه المنازعات نظرا لما لها من طبيعة خاصة[١] .

كذلك قد يفضل المستثمرون الاتفاق مع الدولة على إحالة منازعاتهم معها إلى هيئة تحكيم خاصة يتم تشكيلها بالاتفاق بين الطرفين .

وقد أخذ البنك الدولى للإنشاء والتعمير على عاتقه مهمة تكوين مركز جديد يختص بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطنى الدول الأعضاء الأخرى . وقد توصل إلى وضع اتفاقية بهذا الخصوص[٢] . وتنشئ الاتفاقية مركزا دائما هو المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار الذى يكون مؤسسة دولية مستقلة (بإشراف البنك الدولى) تستهدف تقديم خدمات للتوفيق والتحكيم كإجرائين متكاملين لتسوية المنازعات القانونية الناتجة مباشرة عن عملية الاستثمار، ولا يقوم المركز بنفسه بتسوية

---

(١) وقد اعتمدت الولايات المتحدة الأمريكية – هذا النظام – فأنشأت لجنة تسوية المطالبات الأجنبية، وهو ما اتبعته دول أوربا الشرقية – عندما خصصت هيئة تحكيم للمنازعات التجارية مع الهيئات الأجنبية . انظر : الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشارة إليه، ص ٥٥٠.

(٢) وقع الاتفاقية ٥٦ دولة بتاريخ ١٩٦٦/٩/١٤، بينها من الدول العربية: تونس والمغرب والسودان، راجع فى ذلك الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشارة إليه، ص ٥٥١.

هذه المنازعات وإنما تقوم بذلك لجان للتوفيق والتحكيم أوضحت الاتفاقية طريقة تشكيلها.

وقد توجد الاتفاقيات الثنائية بين الحكومة والشركة المتعاقدة هيئات خاصة - بموجب نص فيها - للقيام بمهمة فض المنازعات بينهما.

إلى جانب ما تقدم هناك وسائل أخرى لحل المنازعات ويطلق عليها الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات وتشمل: التفاوض، والوساطة، والتوفيق، والخبرة الفنية، والمحاكم المصغرة.

وسنتحدث فى مبحث أول عن هذه الوسائل البديلة، ثم عن التحكيم، فى مبحث ثان.

المبحث الأول: الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات عقود الـ "B.O.T.".

المبحث الثانى: التحكيم كوسيلة لحسم منازعات عقود الـ "B.O.T.".

المبحث الأول

الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات

عقود الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

نظرا لأن عقود البناء والتشييد تمتاز بطبيعتها الفنية والمركبة، ويستغرق تنفيذها وقتا طويلا، فإن كثير من المنازعات التى تثار خلال تنفيذها ترجع إلى أسباب ذات طبيعة فنية، ويؤدى عدم مواجهتها فور حدوثها فى الوقت المناسب إلى تفاقمها مما يؤثر سلبا على العلاقات بين أطراف العقد، وعلى إنجاز المشروع سواء من حيث التوقيت المحدد له، أو من حيث الأوصاف المطلوبة فيه.

من هنا ظهرت الحاجة إلى اللجوء إلى وسائل لتسوية المنازعات فى مجال التشييد[1]. تتميز باستهداف التوصل إلى تسوية سريعة وملائمة للنزاع تراعى فيه خصائصه الفنية، فى نفس الوقت الذى تراعى فيه توزيعا عادلا لمخاطر المشروع، وتهتم بجوهر النزاع وأسبابه، من أجل المحافظة على العلاقة الودية بين الأطراف، وتشجيعهم على إظهار المرونة فى مواقفهم، للتوصل إلى حل مرض لهم جميعا.

ويعتمد نجاح أسلوب التسوية الودية على ما يأتى:

---

(١) بدأت هذه الوسائل فى الظهور خلال عقد السبعينات مع الازدياد المستمر فى اللجوء إلى التفاوض والوساطة والتحكيم باعتبارها وسائل بديلة لحل المنازعات فى العقود الدولية وسميت هذه الوسائل بدائل تسوية المنازعات.

Altemative disputes resolution – "ADR".

راجع فى ذلك: الدكتور/ مصطفى عبد المحسن، سابق الإشارة إليه، ص ٤٦٥ وما بعدها؛ الدكتور/ محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات فى القانون المصرى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٨٠.

Charles B.Molineaux: "Dispute Resolution in B.O.T. Project contracts" – a paper presented at the International, Build opérate transfer "B.O.T." conference, Harghada- October 1996, P. I et., s.

- اقتناع أطراف النزاع بجدواه.
- سرعة إعماله دون حاجة إلى اتباع إجراءات معقدة.
- إنجازه عن طريق أشخاص أو جهات يثق الأطراف فى حيادهم.
- إمكانية التوصل إلى تسوية يكون عائدها التجارى فى صالح أطراف النزاع، مما يجعلها أكثر قبولا لديها.

وتتميز وسائل التسوية الودية عن التحكيم فى أنها تعتنى بأسباب النزاع أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية، وتستهدف الوصول إلى تسوية سريعة للنزاع وغير ملزمة لطرفيه بغير رضاهما. بينما لا يبدأ التحكيم فى منازعات عقود التشييد والبناء الدولية - عادة - إلا بعد تفاقم النزاع بين أطرافها، الأمر الذى يضفى على التحكيم بعض خصائص التسوية القضائية، من حيث طول الإجراءات والتركيز على جانبها القانونى دون عناية كافية بالنزاع ذاته[١].

لذلك يفضل أطراف العقد تسوية منازعاتهم عن طريق التسوية الودية بطرق بديلة للتحكيم والإجراءات القضائية التقليدية، وهذه التسوية قد تكون بطريقة مباشرة بين أطراف العقد أنفسهم كالتفاوض، أو عن طريق تدخل شخص ثالث يقوم بإنهاء النزاع من خلال الطريق التى يختارها الأطراف مثل الوساطة، والتوفيق والخبرة والمحاكمات المصغرة.

وسوف نبحث كل من هذه الوسائل فى مطلب مستقل على النحو التالى:

المطلب الأول: التفاوض Negotiotion

المطلب الثانى: الوساطة Mediation

المطلب الثالث: التوفيق Conciliation

---

(١) راجع فى ذلك: الأستاذ الدكتور/ أحمد شرف الدين: عقود الإنشاءات الدولية، (نماذج عقد الفيديك)، بدون ناشر، ١٩٩٧، ص ٤٤ - ٤٦.

المطلب الرابع: الخبرة الفنية Techncal Experience

المطلب الخامس: المحاكمات المصغرة Mini Trials

المطلب الأول

التفاوض

يمكن تعريف التفاوض بأنـــه حوار بين طرفيـــن أو أكـــثر حـــول موضوع معيـــن بهدف الوصول إلى اتفاق بين المتفـــاوضين بمـــا يحقـــق مصلحة كل منهم[١].

ونظرا لأهمية التفـــاوض كوسيلة لفض المنازعات تحرص الكثـــير من عقود الـــ "B.O.T." على النص عليه إذا نشأ أى خلاف بين الطرفين من ذلك ما نص عليه عقد إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علـــم[٢] فى المادة (١٣) بعنوان تسوية المنازعات: "إذا نشأ أى خلاف بين الطرفيـــن حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد، وجب عليهما أولا محاولة فضه عـــن طريق التفاوض بينهما ....".

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه اتفاقية شـــراء القـــوى الكهربائيـــة بمحطة توليد القوى بمجمع سيدى كرير مصـــر[٣] فـــى البنـــد ١/١٨ منـــها بعنوان: "البت فى المنازعات" إذ جاء بها: "إذا ثار نزاع يحـــاول الطرفـــان تسويته، بحسن نية بالتفاوض المشترك خلال (٣٠) يوما من تاريخ إرســـال الطرف المنازع كتابا بالنزاع للطرف الآخر ...".

وقد يتفق الأطراف أثناء التعاقد على تحديد فترة زمنيـــة يلـــتزمون خلالها باتباع طريق التفاوض، بغية التوصل إلى حل النزاع، بحيث لا يجوز

---

(١) الدكتور/ مصطفى عبد المحسن الحبشى، رسالته سابق الإشارة إليها، ص ٤٦٨.

(٢) العقد سابق الإشارة إليه.

(٣) اتفاقية إنشاء محطة توليد الكهرباء بسيدى كرير، سابق الإشارة إليه، المادة (١٨).

لهم – قبل انتهاء هذه المدة الزمنية – اللجوء إلى وســـائل أخــرى لتســوية النزاع[١].

ويوصى الدليل القانونى للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدوليـــة "اليونسترال" بشأن صياغة عقود الإنشاءات الصناعية، بعدم النص فى عقــد الأساس على منع اللجوء إلى وسائل أخرى للتسوية خلال فترة التفاوض[٢].

ويمكن الاتفاق على أن يتم التفاوض بين المديرين التنفيذيين لطرفــى النزاع لمناقشة الاقتراحات المطروحة للتسوية، ويهدف هذا الإجــراء إلــى عرض النزاع على أشخاص آخرين غير من كان لهم دور فى الوقائع التــى أدت إلى ظهوره، وهم أشخاص يكونون بحكم موقعهم أكــثر قــدرة علــى مواجهة النزاع والوقوف على أسبابه الحقيقية، ومن ثم يمكن اختيــار الحــل الأكثر موضوعية، والأكثر قبولا لدى طرفى النزاع[٣].

وعلى ذلك يجب أن يسعى الأطراف عند حــدوث أى خــلاف إلــى محاولة حله عن طريق التفاوض وإعادة التفاوض على مختلف المســتويات فإن فشلت محاولات التفاوض، تعين اللجوء إلى الوســائل الأخــرى محــل المنازعات، مع الأخذ فى الاعتبار ما تضمنه العقد مــن أحكــام فــى هــذا الخصوص.

---

(١) الدكتور/ أحمد شرف الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٤٨.

(٢) ومع أن الطرفين يرغبان فى محاولة تسوية منازعاتهما عن طريق التفاوض قبل اللجوء إلــى وسائل أخرى لذلك، فقد لا يكون من المرغوب فيه أن يمنع العقد أيا مــن الطرفيــن فــى أن يشرع فى وسيلة أخرى من وسائل التسوية، قبل انقضاء فترة محددة من الوقــت مخصصــة للتفاوض، ....، الدليل القانونى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بشأن صياغــة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية (الونسترال)، الأمــم المتحــدة، نيويــورك، ١٩٨٨، النسخة العربية للدليل، ص ٣٦٨.

(٣) انظر:

J. Myers, Could Arbitration, P. 317.

مشار إليه لدى الدكتور/ أحمد شرف الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٤٩.

المطلب الثانى

الوساطة

الوساطة هى التجاء الأطراف إلى طرف آخر لمساعدتهم فـى حـل الخلاف بينهم والوصول إلى اتفاق مما يجنبهم الكثير مـن الجـهد والوقـت والنفقات إذا ما اتجهوا إلى التحكيم أو القضاء[١].

والوسيط يقابل الأطراف كلا على حدة بهدف تضييق هوة الخـلاف بينهم ولكنه لا ينتهى إلى قضاء ملزم[٢]. ويقوم الوسيط بالاستماع إلى كـل طرف، وعمل اجتماعات بين الأطراف المتنازعة، ثم يقوم بتوضيح الرؤيـة لكل طـرف بمشاكل النزاع والمخاطر التى تترتب على عدم التوصل إلـى حل للخلاف، ويقترح حلولا واختيارات للطرفين لحل الخلاف، وفـى حالـة التوصل إلى اتفاق تسوية، يحرر هذا الاتفـاق ويوقعـه الطرفـان، وتظـل إجراءات الوساطة غير ملزمة للطرفين حتى يتم توقيع اتفاق التسوية[٣].

أهمية الوساطة كوسيلة لحل المنازعات :

والوساطة كوسيلة لحل المنازعات تـهدف إلـى اختصـار الوقـت والجهد، فأطول الوساطات لا تستغرق أشهرا قليلة، بينما يمكن أن تسـتغرق الدعوى - فى ساحات المحاكم - عدة سنوات كمـا أن الوسـاطة تختصـر

---

(١) المستشار/ محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية، بـدون ناشـر، ٢٠٠٠، ص ٢٦٨.

(٢) الدكتور/ محمد محمد أبو العينين: المؤتمر الدولى عن مشروعات البنـاء والتشـغيل ونقـل الملكية، سابق الإشارة إليه، ص ١٠.

(٣) الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: التحكيم الدولى وغيره من وسائل تسوية المنازعات فـى تنفيذ اتفاقات البوت، ورقة عمل مقدمة فى دورة التنمية الإدارية، يناير ١٩٩٧، كلية الحقـوق، جامعة القاهرة، ص ٤.

- الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانونى للاتفاقات البترولية فى الدول العربيـة، ص ٤٠٢.

النفقات والمصروفات، حيث أنها لا تتطلب إلا مصروفات قليلة، إذا ما قورنت بنفقات التحكيم، ومصروفات التقاضى[١].

وتكفل الوساطة قدرا من السرية والخصوصية أثناء القيام بها، إذ يجب على الوسيط أن يحتفظ بقدر من السرية والحياد بين الأطراف ويمنح سلطة تسوية المنازعات من قبل الأطراف المتنازعة.

اتفاق الوساطة :

يمكن الاتفاق على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات أثناء التعاقد، كما يمكن الاتفاق عليها عند نشوب النزاع، وقد تقيد بقيد زمنى، يقتضى إنجازها فى وقت محدد، قبل اللجوء إلى القضاء، غير أنه فى جميع الأحوال يجب أن يشتمل اتفاق الوساطة على أمرين:

الأول: كيفية سير عملية الوساطة وبيان تاريخها، ومكانها، وتكاليفها، والشخص الذى يقوم بها ...

الثانى: الإطار القانونى الذى يحكم عملية الوساطة، ويتضمن كيفية اختيار القانون واجب التطبيق، ومدى حرية الوسيط فى الأخذ بمبادئ العدالة كبديل عن القانون لحسم النزاع، وماهية الإجراءات المستخدمة[٢].

شروط الوسيط :

يتوقف نجاح الدور الذى يقوم به الوسيط على توافر مجموعة من الصفات – لديه – تؤهله للنجاح فى مهمته، نذكر منها:

- الإلمام الكامل بموضوع الوساطة مسبقا حتى يتمكن من مناقشة الأطراف فيه.

---

(١) الدكتور/ عبد الحميد الأحدب: التحكيم، وثائق تحكيمية، الجزء الرابع، بدون ناشر، بدون سنة طبع، ص ١١.

(٢) المستشار/ محمد عبد المجيد إسماعيل، سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٩.

- قوة الشخصية والقدرة على إجراء الحوار، مع سرعة البديهية والقدرة على التصرف فى المفاجآت

- الإلمام بنواحى التجارة الدولية والاقتصادية، حتى يتمكن من الفصل فى النزاع على نحو يتفق مع مقتضيات التجارة الدولية، ويكون قراره أكثر عدالة.

- وإذا كان النزاع من طبيعة قانونية، فمن الأفضل أن يكون الوسيط ذا خبرة قانونية، كما يجب ألا يكون خصما فى النزاع الذى يتوسط فيه، أو سبق له أن أبدى رأيا فيه(١).

وقد تضمنت الطبعة الرابعة من شروط عقد الفيديك فى الهندسة المدنية (الكتاب الأحمر) فى الشرط ٦٧ نصا يفرض على الأطراف الالتزام بالقيام بتسوية ودية قبل القيام بتحكيم، وتتضمن أكثر عقود التجارة الدولية والمشروعات المشتركة إمكانية أن يتقابل مديرو الأطراف عند حدوث نزاع فى محاولة لتحقيق تسوية ودية قبل اللجوء إلى الإجراءات القضائية، ويتعين أن يكون هناك الكثير من الضغوط لإدخال شروط فى العقد تقرر استعمال الوساطة على الأقل كمقدمة لحل النزاع(٢).

المطلب الثالث

التوفيق

التوفيق هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية(٣).

---

(١) المستشار/ محمد عبد المجيد إسماعيل، سابق الإشارة إليه، ص ٢٧٠؛ الدكتور/ مصطفى عبد المحسن الحبشى، سابق الإشارة غليه، ص ٤٧٦.

(2) T ERENCE BURKE AND Christine Chinkin, Drafting Altemative Dispute Resolution Clauses, The International Construction Law Review – October 1990 Volume 7, Part 4 P. 442.

(٣) الدكتور/ محمد محمد أبو العينين، المؤتمر الدولى عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، سابق الإشارة إليه، ص ١١.

فالغرض من التوفيق هو التوصل إلى تسوية ودية للنزاع بين الأطراف عن طريق اختيار موفق محايد يقدم اقتراحاته فى النزاع، والموفق على خلاف الحكم أو القاضى لا يفصل فى النزاع وإنما يقدم اقتراحات للأطراف بهدف مساعدتهم فى التوصل إلى تسوية ودية للنزاع[١].

وعلى ذلك فإن إجراءات التوفيق تجرى من خلال مساعى حميدة بعيدا عن فكرة الخصومة، وهو ما يمكن الطرفين من الاحتفاظ بعلاقات طيبة، ويكون لكل من الطرفين الحرية فى قبول أو رفض اقتراحات الموفق[٢]. غير أن اقتناع طرفى النزاع بحياد الموفق يدعوهما فى الغالب إلى النظر بعين الاعتبار لمقترحاته عند اختيار الحل الذى يراه أكثر قبولا. ومما يزيد من مصداقية الموفق أن يكون الموفق متخصصا فى صناعة الإنشاءات أو على الأقل على دراية بها، ولذلك فإنه من الأفضل عند اختيار الموفق أن يكون ذا خبرة فنية وعملية فى مواجهة مشاكل صناعة البناء. فإذا كان النزاع يقوم على الخلاف حول تفسير بنود العقد أو ملحقاته فمن الأفضل أن يتوافر لدى القائم بالتوفيق خلفية قانونية[٣].

فإذا أراد الأطراف تسوية المنازعات بطريق التوفيق، فيجب عليهما الاتفاق على كيفية اختيار الشخص الذى يقوم به والقواعد التى تحكم عمله، وقد يتضمن العقد الإشارة إلى بنود أو مجموعة من القواعد ليحل النزاع على أساسها، مثل نظام التوفيق للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية[٤].

---

(١) الدكتور/ أحمد عشوش: النظام القانونى للاتفاقات البترولية فى الدول العربية، ص ٤٩٣؛ الدكتور/ مصطفى عبد المحسن الحبشى، الرسالة سابق الإشارة إليها، ص ٤٧٨.

(٢) تنص المادة (١٣) من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه، تحت عنوان "تسوية المنازعات" على أن: "إذا نشأ أى خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد، وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما، فإذا لم يصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض، جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه ...".

(٣) الدكتور، أحمد شرف الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٥٠.

(٤) الدليل القانونى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى "اليونسترال" بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٨، ص ٣٦٩.

ويثور التساؤل عن مدى فعالية اشتراك المهندس الاستشاري في عملية التوفيق، وترجع أهمية التساؤل إلى أن هذا المهندس وإن كان مؤهلا فنيا للنظر في النزاع بين صاحب العمل والمقاول، إلا أن الروابط التي تربطه بالأول، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، تمنع من اختياره موقفا وحيدا يعمل على حل النزاع بالتقريب بين وجهتي نظر طرفيه، كما أن تدخل المهندس في النزاع قبل طرحه على التوفيق، واتخاذه موقفا معينا يراه أحد الطرفين في غير صالحه، لا يجعله مستوفيا شرط الحياد من وجهة نظر هذا الأخير • غير أنه يجوز أن الاتفاق على إعطاء المهندس دورا ثانويا قابلا للمراجعة في إعداد معطيات النزاع وعرض أسبابه واقتراح طرق تسويته للنظر فيها من قبل شخص آخر يقوم بدور الموفق - ونشير هنا إلى أنه إذا اختار طرفا العقد نموذج عقد الفيديك لأعمال الهندسة المدنية وفقا للتعديل الذى أدخل عليه عام ١٩٩٦، والذى يجعل لمجلس تسوية المنازعات دورا في إجراءات تسوية النزاع قبل طرحه على التحكيم، فإن بنود هذا التعديل تجيز لهذا المجلس طرح اقتراحات بشأن إجراء تسوية ودية يختار منها طرفا النزاع ما يتفق عليه، لكن لا يجوز للمجلس أن يتدخل في أعمال التسوية طول المدة التي يبقى تعيينه فيها قائما[1].

المطلب الرابع

الخبرة الفنية

الخبير لا يفصل في النزاع، ولكنه يبدى رأيه في مسألة فنية محل خلاف بين الطرفين، وقد يلجأ إليه الطرفان قبل الالتجاء إلى أى وسيلة أخرى ليحسم الخلاف في مسألة فنية، وبناء على تقريره يمكن لكل من الطرفين، تحديد موقفه، وقد يتم اللجوء إليه بعد بداية إجراءات التحكيم من هيئة

---

(١) الدكتور/ أحمد شرف الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٥١٢.

التحكيم، ورأيه استشارى فى جميع الأحوال، إذ أن المحكمة لها الرأى الأعلى، سواء أكانت محكمة قضائية من محاكم الدولة، أو محكمة تحكيم[١].

وفى كثير من الأحوال يراعى الطرفان اختيار محكم خبير فى موضوع النزاع، وذلك كسبا للوقت، إذ كثير ما يحدث النزاع مثلا فى مواصفات الخامات أو خصائصها، وعندئذ يستطيع هذا الحكم الخبير حسم النزاع فى الحال، ومن ثم لا تترتب أى خسائر على تأخير الفصل فى النزاع[٢].

وقد تضمنت بعض عقود الـ "B.O.T." النص على الاستعانة بخبير لحل المنازعات من ذلك ما نص عليه البند (٢/١٨) من اتفاقية شراء القوى الكهربائية بمجمع توليد القوى (سيدى كرير / مصر) - سابق الإشارة إليها - إذ جاء بها تحت عنوان "الوساطة بمعرفة خبير"٠ (أ) إذا لم يمكن للأطراف البت فى النزاع طبقا للبند (١/١٨) من هذه الاتفاقية خلال المدة المبينة فى ذلك العقد، عندئذ يجوز لأى من الطرفين طبقا للبند (٢/١٨) إحالة النزاع إلى خبير للنظر فيه، والحصول على توصية منه بشأن البت فيه ٠٠٠" (ب) (١) جميع المنازعات التى تتضمن فواتير مقدمة من أحد الأطراف للطرف الآخر، وكذلك المنازعات المنصوص عليها فى البند (٦/٤)، (١/٩ ب)، (١٢م٨) من هذه الاتفاقية، يتم تقديمها إلى خبير يتم اختياره بموافقة الطرفين، وموافقة المقرضين، خلال أربعة شهور على الأكثر سابقة عن الموعد المحدد فى ذلك الوقت على التاريخ المقرر للتشغيل التجارى ٠٠"٠

---

(١) الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٦٦.

(٢) الدكتور/ محمد محمد أبو العينين، المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T." ، سابق الإشارة إليه، ص ١٢.

المطلب الخامس

المحاكمات المصغرة

يهدف هذا النظام إلى حل النزاع بأقل قدر من التعقيدات والمشاكل والتكلفة المادية، ويتلخص هذا الأسلوب فى أن النزاع يحال إلى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحد منهما من كبار موظفيه فى الإدارة العامة ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، ويتولى العضوان اختيار الرئيس، وإن لم يتفقا على شخصه تعينه جهة محايدة مثل غرف التجارة أو مراكز التحكيم(١).

ويطلب من الهيئة المشكلة على النحو السابق إعداد مشروع للتسوية وتقديمه للإطراف وإن لم يتمكن الأعضاء من التوصل إلى مشروع مقبول منهم جميعا، يتقدم الرئيس بمشروع من إعداده هو.

ويلتزم الأطراف بعدم السير فى أى إجراء قضائى أو طلب التحكيم أثناء هذه المحاكمة المصغرة، ولكن لا يلتزمون بقبول مشروع التسوية الذى يتم إعداده كما لا يمكن لأى من الطرفين استعمال أى معلومات أو دليل يتصل بعلمه أثناء المحاكمة المصغرة ضد خصمه إذا لم تكلل إجراءاتها بالنجاح(٢).

ومن الواضح أن أسلوب المحاكم المصغرة، لا يلزم ذوى الشأن فى أعماله بالإجراءات المطولة والمعقدة المتبعة أمام المحاكم لاستصدار حكم ملزم لطرفى النزاع، فالغاية من هذا الأسلوب هى طرح أبعاد النزاع – الفنية والقانونية – على أطرافه أنفسهم أو ممثليهم، ولكن نتيجة الأسلوب غير ملزمة لهم إلا برضائهم، وهو ما يفترض أن التسوية التى يتم التوصل إليها

---

(١) الدكتورة/ جيهان حسن سيد أحمد، سابق الإشارة إليه، ص ١١٨.

(٢) الدكتور/ محمد محمد أبو العينين، المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B..O.T." ، سابق الإشارة إليه، ص ١٠؛ الدكتور/ أحمد شرف الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٥٣، ٥٤.

سوف تكون مرضية لطرفى النزاع، الأمر الذى يكفل تنفيذها دون صعوبات[١].

خلاصة فى الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات :

هذه هى أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بطريقة ودية بعيدا عن التحكيم والتقاضى، ويجمع بينها أنها تقوم على أن نتيجة السعى غير ملزمة للأطراف إلا برضائهم، ومن الواضح أن مصلحة المشروع محل العقد، ومصلحة أطرافه، تقتضى التوصل إلى تسوية سريعة، لا تعرقل إجراءاتها إنجاز الأعمال فى التوقيتات المحددة، وفى نفس الوقت تتضمن الحد الأدنى من الحقوق المشروعة لطرفى العقد.

ورغم أن الطرق البديلة للتقاضى والتحكيم فى تسوية منازعات صناعة التشييد والبناء، لا تقوم على مبدأ الخصومة القضائية، وما يتطلبه من إجراءات، إلا أن التوصل من خلالها إلى تسوية مرضية لطرفى النزاع يتطلب القبول بقواعد مسبقة، تتضمنها أنظمة مؤسسية قائمة، أو يجرى الاتفاق عليها بين طرفى النزاع، وفى هذه الحالة الأخيرة يجب أن يراعى التوفيق فى صياغة بنود الاتفاق المتعلقة بنطاق عمل الجهاز القائم بالتسوية وسلطاته، ومدى إلزامية القرارات التى يصدرها، كل ذلك فى ضوء أحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع خصوصا إذا كان أحد أطرافه دولة أو مؤسسة عامة[٢].

فإذا لم تفلح محاولات التسوية بالوسائل البديلة، فلا مفر من الالتجاء إلى التحكيم أو القضاء مع الأخذ فى الاعتبار ما يتضمنه العقد من أحكام فى هذا الخصوص، على أن معظم عقود الـ "B.O.T." تنص على الالتجاء إلى التحكيم الأمر الذى يقتضى أن نبحثه بشىء من التفصيل فى المبحث التالى.

---

(١) الدكتور/ أحمد شرف الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٥٤.

(٢) الدكتور/ أحمد شرف الدين، سابق الإشارة إليه، ص ٥٤، ٥٥.

المبحث الثانى

التحكيم كوسيلة لحسم منازعات عقود الـ "B.O.T."

تمهيد وتقسيم :

يحتل التحكيم أهمية كبرى فى مجال حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود الإنشاءات الدولية، ومنها عقود الـ "B.O.T." نظرا لكونها عقودا فنية مركبة يستغرق تنفيذها وقتا طويلا وتتطلب منازعاتها حسما سريعا بعيدا عن الإجراءات الروتينية التى يتطلبها مسلك القضاء العام فى الدولة. ونظرا لارتباط هذه العقود بالتجارة الدولية، وانطوائها - فى الأغلب - على عنصر أجنبى. ونظرا لأن التحكيم هو النهج الأمثل لفض منازعات مثل هذه العقود، فقد أصبحت العقود المتضمنة شرط التحكيم مألوفة فى معظم عقود الـ "B.O.T."، ومثال ذلك ما نص عليه عقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم من أنه: "إذا نشأ أى خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما، فإذا لم يصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه، فإذا لم يتفقا على ذلك يتم حسم الخلافات التى تنشأ عن هذا العقد وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية على أن يتم التحكيم فى لندن"[1].

ونص عقد إنشاء وإدارة واستغلال محطات الحاويات والبضائع العامة والبضائع الصب بالحوض الأول لميناء العين السخنة بنظام "B.O.T." على أن: "أى خلاف ينشأ بسبب تفسير أو تنفيذ هذا العقد أو النصوص التفصيلية لعقد الامتياز يكون حله عن طريق التحكيم الذى يجرى بمركز التحكيم الدولى بالقاهرة وطبقا للقواعد والإجراءات الواردة بقانون التحكيم التجارى الدولى"[2].

---

(١) المادة (١٣) من عقد إنشاء مطار مرسى علم، سابق الإشارة إليه.

(٢) محمود محمد عثمان خضر: تجربة الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر، سابق الإشارة إليه، ص ٥.

ونصت اتفاقية شراء القوى الكهربائية بمجمع توليد القوى بسيدى كرير - مصر التى تم إبرامها بالقاهرة فى ١٩٩٨/٧/٢٢ عن أن: "مع مراعاة أحكام البند ١٨ - ٣ - د من هذه الاتفاقية، أى نزاع أو خلاف بين الأطراف ينشأ عن هذه الاتفاقية أو يتعلق بها (ويطلق عليه النزاع) يتم تسويته عن طريق التحكيم طبقا لقواعد المركز (مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى)، ويخضع تنفيذ حكم التحكيم للإجراءات الواردة بالقانون (٢٧) لسنة ١٩٩٤[١].

ويقوم التحكيم على مبدأ إعمال سلطان إرادة الطرفين فى اتفاقهما على إخراج النزاع من ولاية القضاء العادى، وولوج اتفاق الطرفين إلى هذا الأسلوب الخاص لحسم النزاع الذى يبيح للأفراد اختيار إجراءات التحكيم، ولغة التحكيم، ومكان التحكيم، فضلا عن اختيار قضاة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وعلى الموضوع، وهذه الصلاحية الواسعة للأفراد ليست بغير حدود، ولكن يحدها بالدرجة الأولى حدود النظام العام.

وإذا كان الأمر كذلك يقسم هذا المبحث إلى ستة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم.

المطلب الثانى: صلاحية طرفى عقد الـ "B.O.T." لإبرام اتفاق التحكيم التجارى.

المطلب الثالث: إجراءات التحكيم.

المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

المطلب الخامس: حكم التحكيم.

المطلب السادس: نفاذ حكم التحكيم.

---

(١) البند (١٨ - ٣) من الاتفاقية، سابق الإشارة إليه.

المطلب الأول

التعريف بالتحكيم

يشتق التحكيم - لغة - من مادة "حكم" بتشديد الكاف، وتعنى طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه[١] أو التفويض فى الحكم[٢].

أما فى الاصطلاح القانونى، فقد عرفه البعض[٣]: "بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل فى المنازعة التى ثارت بينهم بالفعل أو التى يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين"، كما عرفه البعض الآخر بأنه: "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها"[٤]. ومن الفقهاء[٥] من ذهب إلى تعريف التحكيم بأنه: "نظام للقضاء الخاص، تقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادى، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها.

وعرف المشرع المصرى التحكيم فى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، فنص على أن: "ينصرف لفظ التحكيم فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التى تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم، أو لم يكن كذلك".

---

(١) المعجم الأساسى، مادة حكم، ص ٣٤٠.

(٢) القاموس المحيط، ج ٤، ص ٩٨.

(٣) الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٩، الطبعة الثانية، ص ٥.

(٤) الدكتور/ أبو زيد محمودد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ١٩٨١، ص ١٩.

(٥) Robert – التحكيم فى المسائل التجارية، الطبعة الرابعة، فقرة ١، مشار إليه لدى الأستاذ الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: "أهلية الطرفين فى اتفاق التحكيم"، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بنى سويف، السنة الخامسة عشر، عدد يوليو ٢٠٠١. ص ١٢٠.

أما اتفــاق التحكيم فقد عرفته المادة العاشرة من قانون التحكيم رقـم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ "بأنه هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتســوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقــة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعــض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين، وفى هــذه الحالــة يجـب أن يحـدد موضــوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المــادة (٣٠) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولــو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفى هذه الحالة يجـب أن يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق بــاطلا، ويعتـبر اتفاقا علــى التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيــم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد"٠

وكما هو واضح من هذا النص، فإن اتفاق التحكيم التجارى يتنــوع إلى نوعين هما:

١ - اتفاق التحكيم السابق لقيام النزاع٠
٢ - اتفاق التحكيم اللاحق على قيام النزاع٠

كما يستفاد من نص المادة (١٠) سالفة الذكر أن اتفاق التحكيــم قــد يتخذ أحد صور ثلاث نصت عليها الفقرات الثلاث للمادة (١٠)، هذه الصــور هى:

أ - أن يرد اتفاق التحكيم فى وثيقة مستقلة، تسمى بمشارطة التحكيم[١]٠ وهى اتفاق يعقده الطرفان مستقلا عن العقد الأصلى يقرران فيه اللجوء إلــى التحكيم لحل نزاع قائم فعلا٠

ب - أن يــرد الاتفاق فى شكل شرط أو بند من بنود العقد، ويعرف الاتفــاق فى هذه الحالة بشرط التحكيم٠ وهذه الصورة أكثر انتشارا فى المســائل

---

(١) لا يشترط فى هذه الحالة أن يكون النزاع قد نشأ عن علاقة عقدية فقط، حيث تجوز مشارطة التحكيم سواء نشأ النزاع عن علاقة عقدية أم غير عقدية.

التجارية الدولية[١]. وشرط التحكيم هو نص يتم وضعه فى العقد الذى يقرر اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التى غدت بين أطرافه بشأن تنفيذ العقد.

ج - أن يرد اتفاق التحكيم فى شكل إحالة فى عقد مبرم بين طرفين فى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم. ويشترط فى هذه الحالة أن تكون الإحالة واضحة فى اعتبار شرط التحكيم الوارد فى هذه الوثيقة جزءا من العقد المبرم بين الطرفين.

والتساؤل الذى يثار هل يجوز الاتفاق على التحكيم بعد رفع النزاع إلى القضاء المختص؟

باستقراء نص المادة (١٠/٢) من قانون التحكيم المصرى، نلاحظ، أنها أجازت، بشكل قاطع، الاتفاق على التحكيم بعد رفع النزاع إلى قضاء الدولة، بشرط أن يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم. وفى حالة عدم التحديد يصبح الاتفاق على التحكيم بطلا.

وأيا كان شكل اتفاق التحكيم فإنه يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا[٢].

ووفقا للمادة الثانية من قانون التحكيم المصرى يكون التحكيم تجاريا، إذا كان محل النزاع، عبارة عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى، سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية. وعلى ضوء ذلك فإن التحكيم يعتبر تحكيما تجاريا إذا كان موضوع النزاع من طبيعة

---

[١] الدكتور/ فوزى محمد سامى: التحكيم التجارى الدولى، دراسة مقارنة، المجلد الخامس، عمان، ١٩٩٧، ص ٣١ وما بعدها. هامل ولاجارد وجوفريه: القانون التجارى، الجزء الأول، المجلد الأول، ١٩٨٠، فقرة ٧٣ وما بعدها.

[٢] نصت المادة ١٢ من قانون التحكيم على أن: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

اقتصادية[١]. وقد تأثر قانون التحكيم المصرى عند بيانه لمعنى التجارية، بمعنى التجارية الملحق بنص المادة الأولى من القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى.

وينتقد البعض[٢] هذا التأثر، ويرى أنه عديم الجدوى والأهمية لسببين:

الأول أن قانون التحكيم المصرى يسرى على التحكيم التجارى والمدنى على حد سواء.

والثانى أن القانون النموذجى قانون خاص بالتحكيم التجارى الدولى.

ويعد التحكيم دوليا عندما يكون النزاع المعروض للفصل فيه ذا صلة بعقد دولى، ومعيار دولية العقود هو وجود العنصر الأجنبى فيها سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرام العقد، أو بمحل تنفيذه، أو بأطرافه كأن يكون أطراف العقد أو أحدها من الأجانب أو المقيمين فى الخارج. وقد سبق أن تحدثنا عن معيار الدولية فى الباب السابق، فنحيل إليه منعا للتكرار[٣].

ويمكن أن يتم التحكيم عن طريق مراكز التحكيم الدائمة ويطلق على هذا النوع من التحكيم (التحكيم القضائى)، فالخصوم لا يقومون بتحديد قواعده أو القانون الواجب التطبيق على إجراءاته، أو على النزاع، بل يتم تطبيق القواعد المقررة بهيئة التحكيم[٤]، ويفضل أطراف العقود الدولية هذا

---

(١) الدكتور/ محمود سمير الشرقاى: مفهوم التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصرى، مجلة التحكيم العربى، مايو ١٩٩٩، ص ١٩. الدكتور/ على السعيد على سرحان: مفهوم التجارية والدولية فى قانون التحكيم المصرى، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠١، ص ٧١.

(٢) الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، ص ٢٨.

(٣) راجع ما سبق ص ٢٢١ وما بعدها.

(٤) الدكتور/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى، دار الفكر العربى، ١٩٨١، ص ١٠٤.

النوع من التحكيم نظرا لثبات قواعده وسهولة الاتفاق عليها، وهيئات التحكيم الدائمة عديـدة ومتنوعة فى شتى أنحاء العالم كمحكمة التحكيم فـى غرفـة التجارة الدولية، ومحكمة لندن للتحكيم، ومركز القاهرة الإقليمـى للتحكيـم التجارى الدولى.

المطلب الثانى

صلاحية طرفى عقد الـ "B.O.T." لإبرام اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم :

أسلفنا أن عقد الــ "B.O.T." يبرم - فى الغالــب - بين الدولـــة أو أحد الأشخاص العامة وبين شخص من القانون الخاص يتخذ - عادة - شـكل شركة من شركات القطاع الخاص، وعلى ذلك فإن عقد ألــ "B.O.T." يـبرم بين طرفين كليهما من الأشخاص المعنوية، الطرف الأول مــن الأشـخاص المعنوية العامة، والطرف الثانى من الأشخاص المعنوية الخاصة.

وحيث أننا فى هذا نناقش مسألة التحكيم التجارى فإن هذا الأمر يثير مسألة قدرة وصلاحية الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على إبرام اتفاق التحكيم.

وإذا كان الأمر كذلك فيقسم هذا المطلب إلى فرعين

الفرع الأول: مدى قدرة الأشخاص المعنوية العامة على إبرام اتفاق التحكيم.

الفرع الثانى: مدى قدرة شركة المشروع على إبرام اتفاق التحكيم.

الفرع الأول

مدى قدرة الأشخاص المعنوية العامة على إبرام اتفاق التحكيم

يقصد بالأشخاص المعنوية العامة الدولة أو أحد أجهزتها ووحـــدات الحكم المحلى، والهيئات والمؤسسات العامة، أو أحد مشـــروعاتها العامـــة، كهيئات قطاع الأعمال العام وشركاته والهيئات ذات النفع العام.

وقد رأينا أن تدخل الدولة وهيئاتها ومؤسساتها في النشاط الاقتصادي - بصفة عامة - والتجاري منه - بصفة خاصة - صار أمرا حتميا تفرضه الظروف الاقتصادية والسياسية العالمية - فهناك أنشطة يلزم أن تمارسها الدولة وهيئاتها، مثل الأنشطة الصناعية، والأنشطة المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمشروعات والمرافق التي تقوم بإنتاج السلع والخدمات التي تحقق أهداف اجتماعية.

والقيام بالنشاط التجاري بالمفهوم الواسع، يحتم على الدولة ضرورة إبرام عقود التنمية الاقتصادية، وقد سميت هذه العقود بعقود الدولة. والبعض الغالب من هذه العقود يبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية. وأمام ذيوع فوائد التحكيم التجاري ومزاياه، كان من الضروري الالتجاء إليه كوسيلة ودية لفض المنازعات الناشئة عن عقود الدولة. ونتيجة لهذه المستجدات العملية فقد حدث تطور وارتقاء لمبدأ حظر التحكيم الذي كان سائدا في الفترة الماضية.

وقد تبنى هذا التطور القضاء العادي في فرنسا. حيث قضت محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية[١] بأن النصوص الواردة في القانون المدني والمرافعات المدنية الخاصة بحظر التحكيم، يجب سريانها فقط على العقود الوطنية وحدها[٢]، ولا تنطبق على العقود ذات الطابع

---

(١) نقض فرنسي في ١٤ أبريل ١٩٦٤، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٦، ص ٧٠ - تعليق باتيفول.

- الدكتور/ أشرف الرفاعي: النظام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ١٩٩٧، ص ٣١.

- نقض فرنسي في ١٩٦٦/٥/٢، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٧، ص ٥٥٣.

- استئناف باريس في ١٩٨٧/٣/٢٠، جورنال القانون الدولي، ١٩٨٧، ص ٩٣٤.

(2) Ch. JARROSSON, La clause compromissoire Rev. ARB, 1992. P. 259.

- G. TEBOUL, Arbitrage international et pressonnes morales de droit public, Bréves remarques sur quelques aspects contentieux admininstratifs, DPCI, 1995. P. 199.

الدولى. وقد تأثر بهذا القضاء حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس فى القضية رقم ٣٨٨١، بين شركة سورية وشركة ألمانية[١].

وفى نفس الاتجاه حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس فى القضية رقم ٥١٠٣ والصادر فى النزاع القائم بين مجموعة شركات تونسية ومجموعة الشركات الأوربية[٢].

وتأثرا بهذا الموقف أصدر المشرع الفرنسى قانونا فى ١٩ أغسطس ١٩٨٦ يجيز للأشخاص المعنوية العامة قبول التحكيم فى العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية[٣].

موقف القانون المصرى من هذا التطور:

وأخيرا أخذ القانون المصرى بمبدأ صلاحية الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية، تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع، إذا كان التحكيم يجرى فى مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

وقد أكدت هذا المعنى، المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بقولها: "... تحديد نطاق تطبيق أحكام المشروع، الذى عنته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها فى مصر، بسريان تلك الأحكام على كل تحكم تجارى دولى يجرى فى مصر، فحسم المشرع بذلك الشكوك التى دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التى يكون أحد

---

(1) Sentence CCI N°·3881, 1981, clunet, 1987, P. 1096.

(2) Sentence CCI N°, 5103, 1988, Clunet, 1988. P. 1206.

(٣) راجع فى ذلك الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: أهلية الطرفين فى اتفاق التحكيم، ص ٨٩، ٩٠.

أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع ٠٠٠٠٠"٠

وبالرغم من وضوح نص المادة الأولى من قانون التحكيم فى الأخذ بمبدأ صلاحية الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، فقد اختلف الفقه والقضاء حول تفسير نص المادة الأولى سالفة الذكر، فى شأن مدى جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العلاقات التى تكون هذه الأشخاص طرفا فيها ٠ ويمكن تقسيم هذا الخلاف إلى عدة آراء متباينة:

يذهب الرأى الأول[١]، إلى القول، بعدم جواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية التى تكون الأشخاص المعنوية العامة أحد أطرافها ٠ ومن ثم لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة قبول التحكيم لعدم صلاحيتها قانونا لذلك ٠ ويذهب الرأى الثانى[٢]

---

[١] الدكتور/ أكثم أمين الخولى: الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، المنعقد بتاريخ ١٢ – ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، ص ٢.

- الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلسة ١٨/١٢/١٩٩٦، والتى قضت بعدم مشروعية إدراج شرط التحكيم فى العقدين اللذين أبرمهما المجلس الأعلى للآثار مع شركة المقاولات الإنجليزية لتنفيذ أعمال بمتحف آثار النوبة بأسوان٠

[٢] الدكتور/ محمود سمير الشرقاوى: مفهوم التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصرى الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية، المنعقد فى جامعة بيروت العربية فى الفترة ١٦ – ١٨ مايو سنة ١٩٩٩. الدكتور/ حسنى عبد الواحد: مشروع قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، محاضرة ألقيت فى ندوة عقد المقاولة الدولى، مركز البحوث والدراسات والتدريب المهنى القانونى، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص ١٠. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: أهلية الطرفين فى اتفاق التحكيم، ص ١٩٤.

- كما قضى "بأن كل تحكيم يستند إلى اتفاق يبرمه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، يخضع بالضرورة لأحكام قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ =

إلى جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، لأن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، قد أجاز في مادته الأولى، للأشخاص المعنوية العامة، اللجوء إلى التحكيم، كوسيلة لحسم المنازعات التي تكون هذه الأشخاص أحد الأطراف فيها. ويؤكد أصحاب هذا الرأي أن القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ "هو في واقع الأمر قانون للتحكيم التجاري الذي اتسع مدلوله ليشمل جميع المنازعات ذات الطابع الاقتصادي، سواء كان يصدق عليها وصف المنازعات المدنية أو المنازعات التجارية، بل ويشمل المنازعات التي تدخل في دائرة العقود الإدارية ما دامت تتسم بالطابع الاقتصادي".

= لسنة ١٩٩٤، أيا كانت طبيعة النزاع، أي دون اعتبار لما إذا كان الأطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص".

- انظر في ذلك حكم التحكيم الصادر في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٩٩٧ جلسة ١٩٩٨/١٢/١٠، ملخص لأهم الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في القضايا التي نظرت تحت مظلة مركز القاهرة خلال عام ١٩٩٩، مجلة التحكيم العربي، يناير سنة ٢٠٠٠، ص ٢٢٢.

- الدكتور/ ماجد الحلو: القانون الإداري، ١٩٩٨، ص ٦٠٢. الدكتور/ حبيب سليمان: الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية جائز، تعقيب منشور بالأهرام بتاريخ ١٩٩٧/٦/١٤، ص ٩. الدكتور/ يحيى الجمل: الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم وموضوع التحكيم في العقود الإدارية، بحث غير منشور، مقدم إلى مركز البحوث والدراسات بحقوق القاهرة، في الفترة ٩ - ١٢ ديسمبر ١٩٩٥.

- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٨٦/٥/١٨، دعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ قضائية.

- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧، ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤.

- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٩٣/٢/٧، ملف ٣٠٧/١/٥٤.

- حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٩٧ عن الدائرة ٦٣ تجاري والمقيدة بالجدول العمومي تحت رقم ٦٤، لسنة ١١٢ ق، في الاستئناف المرفوع من السيد/ رئيس المجلس الأعلى للآثار ضد شركة جلستير سيلفر الإنجليزية ويمثلها وكيلها مجموعة النيل والاستثمارات (دفكو) حيث قضت المحكمة بأنه "قد سبق بيان أن التحكم في منازعات العقود الإدارية جائز طبقا لأحكام قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧، سواء في ذلك التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي".

ويذهب الرأى الثالث[1] إلى تبنى موقف القضاء العادى فـــى فرنســا وهو قصر اللجوء إلى التحكيم من قبل الأشخاص المعنويـــة العامـــة علـــى المنازعات الإدارية ذات الطابع الاقتصادى والصفة الدولية.

القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ :

ولهذا أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتـــاريخ ١٣ مايو سنة ١٩٩٧ الذى نص صراحة على حق الأشخاص المعنوية العامة فى اللجوء إلى التحكيم فى مجال العقود الإدارية بموافقة الوزير المختـــص، حيث نصت المادة الأولى من القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ على إضافة فقرة ثانيـة للمادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، تنص على أن "وبالنسبة إلـى منـــازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيـــم بموافقـة الوزيـر المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامـــة، ولا يجوز التفويض فى ذلك".

وبهذا النص يكون المشرع المصرى قد منح الأشـــخاص المعنويـة العامة حق الالتجاء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التى تكون طرفـــا فيـــها، بشرط الحصول مقدما على إذن مـــن الوزيـــر المختـص أو مـــن يتولـــى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة. وينتقد البعض[2] القـــانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بأنه لم يحسم كل المشاكل التى تثور بخصوص التحكيـم فى العقود الإدارية وكان يأمل هذا البعض من المشـــرع أن يضـــع نظامـــا متكاملا للتحكيم فى العقود الإدارية يأخذ فى اعتبـــاره خصوصيـــة العقـــود الإدارية[3].

---

(١) د. إبراهيم على حسن: تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئـــة قضايا الدولة، السنة ٤١، العدد الثانى، أبريل يونيو ١٩٩٧، ص ٢٦.

(٢) د. جابر جاد نصار: التحكيم فى العقود الإدارية، ١٩٩٧، ص ٩٢.

(٣) د. محمد عبد الحميد القاضى: أهلية الطرفين فى اتفاق التحكيم، ص ٩٥.

الفرع الثانى

مدى قدرة شركة المشروع على إبرام اتفاق التحكيم

تحدثنا فى الباب الأول - من هذا البحث[١] عن شركة المشروع، وقلنا أنه - ما عدا شركة المحاصة تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية بمجرد إبرام عقدها طبقا للمادة ٥٠١ مدنى، والتساؤل الذى يثور فى هذا المقام هل تتمتع الشركات التجارية ومنها شركة المشروع بالأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم فى المسائل التى نص عليها عقد التأسيس؟

من الثابت أن الأشخاص الاعتبارية الخاصة تتمتع بأهلية الوجوب وأهلية الأداء معا٠ وتأسيسا على ذلك، تملك الشركة أن تتصرف فى أموالها طبقا للنظم المقررة فى عقد التأسيس، وعليه تملك الشركة أن تتصرف فى كافة حقوقها وأموالها إلى غيرها٠ وإذا كان الحال كذلك، فإن الشركة تكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم التجارى باعتبارها شخصا معنويا خاصا، هذا ما أكدته المادة الأولى /١ من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث تنص على أن: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية، تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر أو كان تحكيما دوليا، يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"٠ كما تنص المادة (٤) من قانون قطاع الأعمال رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩٢ على أن: "يجوز الاتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع فيما بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأشخاص الاعتبارية من القطاع الخاص أو الأفراد وطنيين كانوا أم أجانب ٠٠٠"٠ وهذا الحق أكدته أيضا المادة ١١ من قانون التحكيم المصرى، حيث تنص على أن: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ٠٠٠٠"٠

---

[١] راجع ص ١١١ وما بعدها٠

من كل ما سبق نخلص إلى القول بأن الشخص الاعتبارى، والشركات بخاصة (ومنها شركة المشروع) يملك الأهلية الكاملة فى التصرف فى حقوقه، ومن ثم يملك إبرام اتفاق التحكيم فى أى نزاع يتعلق بحق من حقوقه الثابتة فى عقد التأسيس، أى فى حدود الغرض الذى تكونت من أجله الشركة[١].

مدى سريان اتفاق التحكيم الذى يبرمه المشروع المشترك فى مواجهة شركاته :

تسمى المشروعات التى تقوم على نحو مشترك بين عدد محدود من الشركات الكبرى المتنافسة فى صناعة معينة "بالكونسرتيوم" وغالبا ما يكون الكونسرتيوم فى شكل شركة مشتركة. ويقوم الكونسرتيوم بالتعاقد مع الطرف الآخر.

وإذا كان الحال كذلك، فإن السؤال الذى يثور فى هذا المقام يدور حول مدى امتداد شرط التحكيم الوارد فى العقد المبرم بين الكونسرتيوم والطرف الآخر فى مواجهة الشركات التى يتكون منها الكونسرتيوم. يذهب الرأى الراجح[٢] إلى القول بامتداد شرط التحكيم لكافة الشركات التى يضمها الكونسرتيوم. ومن ثم تلتزم هذه الشركات باتفاق التحكيم الذى وقعه الكونسرتيوم. كما يكون لها الحق فى أن تحرك باسمها إجراءات التحكيم فى مواجهة الطرف الآخر. ويسرى ذات الحكم[٣] على المشروع المشترك المسمى "JOINT. VENTURE" حيث قضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية فى ١٩٨٣/٩/١٦ بمدينة كوبنهاجن فى القضية ٤٣٥٧ التى تتلخص وقائعها فى أن وزارة النقل اليمنية أبرمت عقد مقاولة مع مشروع مشترك

---

[١] الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: أهلية الطرفين فى اتفاق التحكيم، ص ٢١٨، ٢١٩.

[٢] الدكتورة/ سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، ١٩٨٤، ص ٣٣٧. الدكتور/ أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الأخرى، ٢٠٠٢، ص ٥٤.

[٣] الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، ص ٢٨٣. الدكتور/ محمد عبد الحميد القاضى: أهلية الطرفين فى اتفاق التحكيم، ص ٢٣٤، ٢٣٥.

"Joint Venture" مكونا من شركة فرنسية ومقاول يمنــــى، للقيــام برصـــف الطريق المؤدى إلى عدن. وأثناء التنفيذ حدث خلاف بين الشركة الفرنســـية ومهندس المشروع، مما اضطر الشركة الفرنسية إلى اللجوء إلى التحكيـــــم، دفعت الحكومة اليمنية بعدم قبول طلب التحكيم فقضت الهيئة برفــــض هــذا الدفع، وقررت أحقية الشركة الفرنسية فى اللجوء إلى التحكيم".

المطلب الثالث

إجراءات التحكيم

متى اتفــق الطرفان على حل نزاعهم عن طريق التحكيم، فإن قيـــام النزاع يؤدى بالضرورة إلى قيام خصومة التحكيم.

وتبدأ إجراءات التحكيم بإخطار يوجهه المدعى إلى المدعى عليــــه، يشير فيه إلى العقد الذى نشأ النزاع بمناسبته، وإلى شرط التحكيم الوارد بـــه، ويبين فيه موضوع النزاع، وطلباته ومقترحاته بشأن عدد المحكمين، إذا لـــم يكن هناك اتفاق سابق حول هذا الأمر، وتبدأ إجراءات التحكيم بوصول هــذا الإخطار إلى المدعى عليه[1].

---

[1] تنص المادة السابعة من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على:

١ – ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفى التحكيم، يتم تسليم أى رســـالة أو إعــلان إلـــى المرسل إليه شخصيا أو فى مقر عمله أو فى محل إقامته المعتاد أو فـــى عنوانـــه الـــبريدى المعروف للطرفين أو المحدد فى مشارطة التحكيم أو فى الوثيقة المنظمة للعلاقة التى يتناولـها التحكيم.

٢ – وإذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة، يعتبر التسليم قد تـــم إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدى معـــروف للمرسل إليه.

وقضت محكمة النقض بأن "إجراءات التحكيم بدايتها من يوم تسلم المدعـــى عليـــه طلـــب التحكيم، مالم يتفق الطرفان على موعد آخر – المادة ٢٧ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤".–

ونبحث فيما يلى إجراءات التحكيم على النحو التالى:

أولا: تشكيل هيئة التحكيم.

ثانيا: مكان التحكيم.

ثالثا: لغة التحكيم.

رابعا: تحديد تاريخ إجراءات التحكيم.

خامسا: كيفية سير خصومة التحكيم.

أولا : تشكيل هيئة التحكيم :

تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين حسب اتفاق طرفى النزاع - فلا يجوز لهما - إذن - الاتفاق على تعيين محكمين إثنين، إذ يجب أن يكون العدد وترا لتحقيق الأغلبية عند حدوث خلاف بين المحكمين[1]. وتنص المادة ١٥ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن: "١ - تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. ٢ - إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكم باطلا"[2].

- الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٠٠٠/٥/٩، منشور بمجلة المحاماة العدد الأول لسنة ٢٠٠١، ص ٣٣.

- راجع فى إجراءات التحكيم: الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: اختيار طريق التحكيم ومفهومه، بحث منشور بمجلة المحاماة، العدد الأول لسنة ٢٠٠١، ص ٥٦١ وما بعدها؛ الدكتور/ عبد الحميد الأحدب، سابق الإشارة إليه، ص ٥ وما بعدها.

(١) الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، سابق الإشارة إليه، ص ١٢٧.

هناك طرق عديدة لاختيار المحكمين وتعيينهم، وتكون هناك قائمة من المحكمين يتم الاختيار منها تضم كل التخصصات القانونية والفنية، كما أن التحكيم المنظم يقدم الإجراءات الواجب اتباعها، والمهم هو الاحتفاظ بمرونة هذه القواعد الإجرائية. انظر:

Miohael E. Schneider, Attomey – at - law – the international construction law Revicw – Volume I, Part 4 – July 1984, P. 318.

(٢) وطبقا لقواعد اليونسترال فى التحكيم، لا يجوز للطرفين أن يتفقا على تعيين أكثر من ثلاثة محكمين، لكيلا تطول المناقشات بين المحكمين ويتأخر الفصل فى النزاع. راجع فى ذلك الأستاذ الدكتور/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٩٨.

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى وجوب أن يكون عدد المحكمين وترا، وأن مخالفة ذلك أثره البطلان، وإلى وجوب تحديد أشخاص المحكمين بأسمائهم فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل[١].

وقد حددت المادة ١٧ من قانون التحكيم المصرى إجراءات تشكيل هيئة التحكيم على النحو التالى:

أعطت المادة لطرفى التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين، وعلى كيفية ووقت اختيارهم، فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتى:

أ - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من القانون[٢] اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

ب - فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف من أطراف التحكيم محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث. فإذا لم يعين أحد الطرفين المحكم الخاص به خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين أحدهما. تولت المحكمة المشار إليها فى المادة التاسعة من هذا القانون اختيار ذلك المحكم بناء على طلب أحد الطرفين. ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، كما تسرى هذه الأحكام فى الحالة التى تشكل فيها هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين وهى الحالة الغالبة.

---

(١) الطعنان رقما ٦٥٢٩، ٦٥٣٠ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٠٠٠/١/١٢، منشوران بمجلة المحاماة، العدد رقم الأول لسنة ٢٠٠١، ص ٣٣.

(٢) تنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى على أن: "١ - يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر الموضوع، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر. ٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

وقد عالج قانون اليونسترال النموذجى[١] بشأن التحكم التجارى الدولى القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم فى المواد من (١٠ - ١٥) فأرسى مبدأ سلطان الإرادة بترك الحرية للأطراف فى تحديد عدد المحكمين، وإلا كان العدد ثلاثة - ويلاحظ هنا اختلاف عن نص القانون المصرى الذى أضاف فقرة تستلزم أن يكون العدد وترا وإلا بطل التحكيم. والأصل ترك تشكيل محكمة التحكيم لحرية الأطراف سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة لتولى هذه المهمة، أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو تعذر التشكيل فتتولى الأمر الجهة التى يحددها القانون الوطنى لكل دولة[٢].

ويحدد أطراف عقد الـ "B.O.T." - عادة - طريقة تشكيل هيئة التحكيم فى الاتفاق، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٨ - ٣) من عقد إنشاء محطة كهرباء سيدى كرير - سابق الإشارة إليه - والتى جاءت كالتالى:

(م ١٨ - ٣ - أ) التحكيم: "أى نزاع أو خلاف بين الأطراف ينشأ عن هذه الاتفاقية أو يتعلق بها يتم تسويته عن طريق المركز (مركز القاهرة للتحكيم التجارى) ويخضع تنفيذ حكم التحكيم للإجراءات الواردة فى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(١٨ - ٣ - ب) يكون عدد المحكمين ثلاثة ما لم يتم الاتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

(١٨ - ٣ - ج) يعين كل طرف محكما، ويختار المحكمان اللذان تم تعيينهما محكما ثالثا يعمل كرئيس لهيئة التحكيم، فإذا لم يكن المحكمان قد اتفقا خلال ثلاثين يوما من تعيين المحكم الثانى على اختيار المحكم الرئيس

---

(١) انظر:

Model Law on international commercial arbitration adopted by Uncitral June 21, 1985. Doc. A/CN9/246. On.

(٢) الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

يجوز عندئذ لأى من الطرفين أن يطلب من المركز (أو من غرفة التجارة الدولية فى حالة الإجراءات المنصوص عليها فى البند (١٨ - ٣ - د) من هذه الاتفاقية) تحديد الجهة التى تقوم بتعيينه، عندئذ تقوم هذه الجهة، بتعيين المحكم الرئيس بنفس طريقة تعيين المحكم الفرد المنصوص عليها فى المادة ٣/٦ من قواعد تحكيم (يونسترال) ولا يجوز أن يكون المحكم الرئيس من جنسية أى من الطرفين أو من جنسية أى مساهم يملك ملكية مباشرة أو ملكية انتفاع من خلال فرع تابع له بنسبة ١٠% أو أكثر من أسهم رأس مال الشركة، كما لا يجوز أن يكون المحكم الرئيس موظفا أو وكيلا حاليا أو مستقبلا لأى من هؤلاء".

ثانيا : مكان التحكيم :

لما كان التحكيم يقوم على الرضاء المتبادل بين الطرفين اللذين اتفقا على اللجوء إليه كوسيلة لفض أى منازعة تنشأ بينهما فى معرض تنفيذ العقد، فيكون للأطراف المعنيين حرية اختيار مكان انعقاد الهيئة التحكيمية، ولعل أهم نتيجة تترتب على ذلك، أن مكان التحكيم - يحدد - مبدئيا - فى رأى البعض[١]. القانون الذى يحكم المنازعة، وذلك عند غياب اتفاق الأطراف حول تنظيم إجراءات العمل التحكيمى.

وتذهب العقود مذاهب مختلفة فى تحديد مكان إجراء التحكيم، فقد يتحدد هذا المكان فى أراضى الدولة المتعاقدة، أو دولة أجنبية[٢]، وقد يترك الأمر لتحديد محكم ثالث.

---

[١] الدكتور/ غسان رباح، سابق الإشارة إليه، ص ٥٦٢.

[٢] ومثل ذلك ما نصت عليه المادة ١٣ من عقد إنشاء مطار مرسى علم (سابق الإشارة إليه)، بقولها: "إذ نشأ أى خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما - أولا - محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما فإذا لم يصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه، فإذا لم يتفقا على ذلك يتم حسم جميع الخلافات التى تنشأ عن هذا العقد وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، على أن يتم التحكيم فى لندن". ومثال ذلك أيضا - ما نصت=

وقد عالج قانون (اليونسترال) كيفية تحديد مكان التحكم فنص في المادة (٢٠) على ترك اختيار مكان التحكيم لإرادة الأطراف، وإلا تولت ذلك محكمة التحكيم على أن تراعى فى تحديد هذا المكان ملابسات موضوع النزاع وملائمة هذا التحديد لأطراف النزاع[١].

وعلى ذلك جاء نص المادة (٢٨) من قانون التحكيم المصرى، إذ تقول: "لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق، عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم، مع مراعاة ظروف الدعاوى، وملائمة المكان لأطرافها، ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم فى أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع، أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها، أو غير ذلك.

ثالثا : لغة التحكيم :

يجرى التحكيم باللغة التى يتفق عليها طرفا النزاع[٢]. فإذا لم يتفقا تولت هيئة التحكيم اختيار اللغة دون أى قيود على حريتها فى الاختيار. والغالب أن تختار إحدى اللغات الذائعة دوليا كالإنجليزية أو الفرنسية، وتحرر المذكرات، وتؤدى المرافعات الشفوية، ويصدر قرار التحكيم باللغة التى وقع عليها الاختيار، أما المستندات كالعقود والمراسلات والدفاتر

= عليه المادة (١٨ – ٣ – د) من اتفاقية إنشاء محطة كهرباء (سيدى كرير)، سابق الإشارة إليها، "يجرى التحكم فى القاهرة بالمركز (مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى)، على أنه يجوز لأى من الطرفين إذا طلب ذلك أن يختار إجراء التحكيم فى باريس، وتسوية النزاع طبقا لقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، وذلك بإخطار كتابى إلى الطرف الآخر قبل أن يتخذ ذلك الطرف خطوات جوهرية فى التحكيم".

(١) راجع فى ذلك الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤، ص ١٠٣.

(٢) نصت المادة (١٨ – ٣ – هـ) من اتفاقية إنشاء محطة كهرباء "سيدى كرير" سابق الإشارة إليها، على أن: "يسرى القانون المصرى على النزاع وتكون لغة التحكيم الإنجليزية".

فيجوز أن تقبلها هيئة التحكيم بلغتها الأصلية ويجوز أن تأمر بترجمتها إلى لغة التحكيم وكذلك الحال فى أقوال الشهود[١].

وتنص المادة (٢٩) من قانون التحكيم المصرى[٢] على أن:

"١ - يجرى التحكيم باللغة العربية، ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسرى حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك".

رابعا : تحديد تاريخ بدء إجراءات التحكيم :

نصت المادة (٢٧) من قانون التحكيم المصرى على أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذى يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى

---

(١) الدكتور/ محسن شفيق: عقد تسليم مفتاح، سابق الإشارة إليه، ص ١٣١. الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم، البحث سالف الذكر، ص ٥٦٨.

(٢) وقد تطابقت أحكام المادة (٢٩) من القانون المصرى مع المادة (٢٢) من القانون النموذجى "اليونسترال" التى تركت الاختيار لحرية الأطراف، وإذا تم تحديد اللغة المستخدمة فيسرى هذا الاستخدام على كل ما يتعلق بعملية التحكيم من تحرير البيانات أو المذكرات أو المرافعات الشفهية وكذلك فى كل قرار تتخذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره.

- وانظر المادة (٨) من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولى حيث تنص على استخدام اللغة التى تمت بها صياغة اتفاق التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك، وتنص المادة ٣/١٥ من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على أن "يحدد المحكم اللغة المستخدمة مع مراعاة الظروف وخاصة لغة العقد، وانظر المادة ٢٠ من نظام المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة، حيث تنص عى استخدام الإنجليزية أو الفرنسية أو العربية، تبعا لاتفاق الأطراف أو قرار محكمة التحكيم.

- راجع الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٤، ص ١٠٥، ١٠٦، هامش رقم (١).

- وتشترط بعض التشريعات أن يجرى التحكيم بلغة الدولة التى يجب أن يقام فيها التحكيم (على سبيل المثال تنص القواعد التنفيذية لنظام التحكيم السعودى - الفصل الثالث - المادة ٢٥ - على أن تكون اللغة العربية هى اللغة الرسمية المستخدمة أمام هيئة التحكيم - سواء فى المداولات أو المراسلات).

ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر"، ويتضح من النص أن إرادة الأطـراف هى المعول عليها فى تحديد بدء إجراءات التحكيم، فيمكن للأطراف اعتبـار تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى الهيئة أو مدير مـركز التحكيم الدائم المتفـق عليه هو تاريخ بدء الإجراءات مثلا، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفـاق، فـلا تعتبر إجراءات التحكيم قد بدأت إلا من يوم تسلم المدعى عليه ما يفيد تقديـم طلب التحكيم من المدعى[١].

خامسا : **سير إجراءات التحكيم** :

لا تخضـع هيئـة التحكيـم فى تنظيم سـير عمليـة التحكيـم إلا للقواعد التى اتفق عليها الأطراف، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفـاق، تختـار الهيئة القواعد والإجراءات الملائمة تبعا لطبيعة النزاع. ومفاد ذلـك عـدم التزام الهيئة بنصوص قانون المرافعات إلا فـى الحالات التى يحيـل فيـها قانون التحكيم لهذه النصوص أو إذا تضمن اتفاق الأطراف التراضى علـى تطبيق نصوص قانون المرافعات على تسيير وإدارة عملية التحكيم[٢].

ولا يوجد ما يمنع الأطراف من الاتفاق على تخويل هيئـة التحكيـم سلطة الفصل فى النزاع استنادا إلى الوثائق والمستندات التى يتم تقديمـها[٣]، دون حاجة لعقد جلسات مرافعة ولكن يظل للأطراف إمكانية تعديل طلباتـهم أو أوجه دفاعهم وذلك ما لم تقرر الهيئة تحديد موعد نهائى لا يجـوز بعـده

---

(١) انظر: نقض ٢٠٠٠/٥/٩، طعن رقم ١٤٤٢ س ٦١ ق، منشور بمجلة المحاماة العدد الأول، لسنة ٢٠٠١، ص ٧١؛ وأيضا: الدعوى التحكيمية أمـام مركـز القـاهرة الإقليمـى، رقـم ٢٠٠/١٨٢، فى ٢٠٠١/٤/٢٥، منشورة بمجلة التحكيم العربى، أغسطس ٢٠٠١، ص ٢٢٠.
- وانظر فى الموضوع: الدكتور/ خالد محمد القاضى: موسوعة التحكيم التجارى الدولـى، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص ٢١٤؛ الدكتور/ مصطفى محمد الجمال، والدكتور/ عكاشـة عبـد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، بدون ناشر، ١٩٩٨، ص ٦١٤.

(٢) المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصرى.

(٣) مادة ١/٣٣ والتـى تقرر فى نهايتها أن للهيئة "الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبـة، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

تقديم وثائق أخرى إذا قدرت الهيئة أن المقصود من تقديم الطلبات تعطيل الفصل فى النزاع[١].

ولا تملك الهيئة اتخاذ قرار يمنع عقد جلسات مرافعة والاكتفاء بالمستندات إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك، فإذا طلب أحدهما عقد جلسة للترافع، فيتعين تلبية طلبه وإلا اعتبر ذلك إخلالا بحق الخصوم فى الدفاع وهو ما قد يعرض الحكم للبطلان[٢].

المطلب الرابع

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

تحدثنا فى الباب السابق عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ورأينا أن الأولوية تكون للقانون الذى يختاره الأطراف "قانون الإرادة" فإذا لم يحدد الأطراف قانونا يحكم عقدهم، فإنه يجب على القاضى أو المحكم أن يبحث عن القانون الذى يطبق على النزاع وفقا لظروف وملابسات ذلك النزاع، ولا يختلف الأمر عند تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع.

ورغم أنه من الصعوبة بمكان وضع معيار يفرق بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية[٣]، إلا أن التفرقة بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبدو

(١) مادة ٣٢ من قانون التحكيم المصرى.

(٢) ويبدو فى هذا المقام سوء صياغة المادة (٣٢) من قانون التحكيم المصرى التى قد توحى بأن للهيئة الاكتفاء بتقديم الوثائق "ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك" إذ قد يستفاد ضرورة اتفاق الطرفين على عقد جلسات مرافعة، مما يعنى أن طلب أحدهما فقط لا يكون ملزما للهيئة ولذلك جاءت صياغة المادة ٢٤ من القانون النموذجى أكثر وضوحا حيث نصت على التزام الهيئة بعقد جلسات إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين - وانظر فى التزام الهيئة بعقد جلسات إذا طلب أحد الأطراف وإلا اعتبر رفضها إخلالا بحقوق الدفاع. الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، ٢٠٠٤، ص ١١١.

(٣) الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٨٤، ص ١٣٢.

على الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبدو مهمة من حيث سلطة المحكم فى الخروج على القاعدة القانونية إذ قد يعفى المحكم من اتباع القواعد التى تنظم الإجراءات ولكنه لا يستطيع التغاضى عن تطبيق القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ذلك أن القواعد الإجرائية هى مجرد وسيلة لإظهار كافة جوانب الحقيقة أمام المحكم وليست غاية فى ذاتها ومن ثم فإن تجاوز المحكم عن الالتزام بتطبيقها لا يعد عيبا مادام ذلك محققا للغرض منها[١].

ويذهب الفقه الراجح[٢] إلى اعتبار مسألة التفرقة بين المسائل الإجرائية والمسائل الموضوعية عملية تكييف يحكمها قانون القاضى المعروض عليه النزاع أو بعبارة أخرى أن تكييف المسألة وكونها من الإجراءات أم تتعلق بالموضوع يكون وفقا للسائد فى دولة مقر التحكيم.

وعند تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الدولى يقتضى الأمر بيان دور إرادة أطراف النزاع فى تحديد إجراءات التحكيم، كما يقتضى كذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فى حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون محدد واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

أولا : **دور الأطراف فى تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم** :

استقر الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة[٣]، وأطراف

---

[١] أكد القضاء الفرنسى على مبدأ الفصل بين الإجراءات والموضوع. انظر:
Cass Civ. Ier 18 Mars 1980, J.C.P. 1980. IV. P.211.

[٢] الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة: أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ص ٢٩٨؛ الدكتور/ عزت محمد البحيرى: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٠٨.
H. Batiffol et P. Lagardé: "Traite de droit International Privé. T.L.S. edition. L.G.D.J. Paris, 1993. P. 477 n 292 etS.

[٣] انظر: الدكتور/ أشرف عبد العليم: النظام العام والتحكيم فى العلاقات الدولية العامة، ١٩٩٦، ص ٢١٨؛ الدكتور/ خالد محمد القاضى: موسوعة التحكيم التجارى الدولى، دار الشروق، =

النزاع قد يقومـون بأنفسهم بوضع إجراءات التحكيم، وقد يتفـق الخصـوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم، وقد يتفق الخصوم أيضـا على تطبيق الإجراءات المنصوص عليها فى لائحـة مركز دائم للتحكيم.

ولابد من أن تكون إرادة الأطراف فى تحديد الإجـراءات واضحـة وصريحة وقد ذهب بعض الشراح إلى أن البحث عن الإرادة الضمنية أمـر متعذر فى مجال التحكيم الدولى رغم أن ذلك من الممكن فى مجـال تحديـد القانـون الواجب فى مجال العقود[١]، ويذهب البعض الآخر إلـى تخويـل المحكم فرصة الكشف عن القانون الذى عينته الإرادة الضمنية للأطراف فـى حالة سكوتهم عن تحديد هذا القانون صراحة[٢]، وهذا ما انتهت إليـه هيئـة التحكيم فى النزاع بين الحكومة الليبية وشركة البترول الإنجليزية فى الحكـم الصادر فى ١٠ أكتوبر ١٩٧٣ عندما طبقـت القـانون الدانمركـى علـى إجراءات التحكيم باعتباره القانون الذى اتجهت إليه إرادة الطرفين الضمنيـة والمستفادة من الاتفاق على إجراء التحكيم فى هذه الدولة[٣].

وللأطراف الاتفاق على الإحالة إلى القواعد الإجرائية المعمول بـها فى منظمة أو مركز من مراكز التحكيم الدائم فى داخل الدولـة أو خارجـها وهذه القواعد يتم تطبيقها فى حالة عدم الاتفاق على قواعـد إجرائيـة فـى الأصل أو فى حالة عدم تغطية القواعد المتفق عليها لمسألة أو أخـرى مـن المسائل الإجرائية.

= ٢٠٠٢، ص ٢٥٠ وما بعدها؛ المستشار عبد الحميد المنشاوى: التحكيم الدولـى والداخلـى، ١٩٩٥، بدون ناشر، ص ٤١.

B. moreau ET Th. Bernard: "Droit interne et droit international de l'arbitrage" 2 ed Paris, 1985, P. 95 ets.

(١) انظر:

J. Beguin: L'arbitrage commercial international, P. 155.

(٢) الدكتور/ هشام على صادق: مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فـى العلاقات الدولية الخاصة، ١٩٨٧، الدار الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية، ص ٥٨.

(٣) انظر تفاصيل هذا التحكيم لدى الأستاذ الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيـم: التحكيـم الدولـى الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٣٦، ١٣٧.

وفى نظام التحكم المؤسسى (النظامى) الغالب أن تختار الأطراف القواعد النافذة فى المنظمات أو المراكز الدائمة حيث أن هذه المنظمات والمراكز لديها لوائح إجرائية خاصة تحدد الإجراءات الواجبة الاتباع بشأن التحكيم بدءا من الاتفاق عليه ومرورا بخصومته وانتهاء بصدور حكم ملزم، وهذه اللوائح عادة ما تتضمن قواعد منظمة للإجراءات متحررة مما تتطلبه قوانين المرافعات الوطنية من شكليات ومواعيد لا تناسب السرعة والسرية اللذين ينشدهما الالتجاء إلى التحكيم.

وليس هناك شك فى أن للطرفين حرية اختيار قانون أجنبى معين كلما تعلق الأمر بتحكيم فى علاقة قانونية وتم فى الخارج ومرجع ذلك بالطبع هو ما للتحكيم فى هذه الحالة من ارتباط بأكثر من نظام[1] قانونى ارتباطا يمكن أن يكون مناطا لتطبيق القواعد الإجرائية فيه ... والتساؤل المطروح عن مدى إمكان تطبيق ذلك فى حالة التحكيم الذى يجرى فى مصر سواء كان تحكيما فى علاقة داخلية أو تحكيما فى علاقة دولية ... ومرجع ذلك أن المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تقضى بسريان أحكامه على كل تحكيم ... أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر .. هذا وإذا كانت المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصرى قررت مبدأ حرية اختيار الإجراءات من جانب الأطراف إلا أنها لم تشر إلى حقها فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد السارية فى قانون أجنبى معين إلا أنه يلاحظ أن المادة ٢٨ من هذا القانون تنص على أنه لطرفى النزاع الاتفاق على مكان التحكيم فى مصر أو خارجها وحرية الطرفين فى اختيار مكان التحكيم تعنى بطريق غير مباشرة حريتهما فى اختيار القانون الذى يخضع التحكيم لقواعد إجرائية وفقا لمبدأ خضوع التحكيم للإجراءات النافذة فى مكان التحكيم ذاته[2].

---

(١) انظر: الدكتور/ خالد محمد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٢) الدكتور/ مصطفى محمد الجمال، والدكتور/ عكاشه عبد العال: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بدون ناشر، ص ٢٤٠ وما بعدها.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم عند غياب قانون الإرادة:

قد تغفل إرادة أطراف النزاع تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم وعندئذ فإن قانون مقر التحكيم هو الذى يحدد هذه الإجراءات أو يكون من سلطة المحكم اختيار القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم.

(أ) إجراءات التحكيم طبقا لقانون مقر التحكيم :

يرى بعض الفقه[١] أنه فى حالة غياب اتفاق الأطراف بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات فإنه يمكن خضوع إجراءات التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم، ويمكن ذلك أيضا فى حالة اتفاق الأطراف على القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات، ولكنها لم تكن كافية.

أساس خضوع الإجراءات لقانون مقر التحكيم :

يستند الرأى السابق إلى أن تطبيق قانون مقر التحكيم يستند إلى الإرادة الضمنية للأطراف، وهذا الرأى يصطدم بالرأى الراجح فى الفقه والذى يرفض الركون إلى إرادة الأطراف فى تحديد إجراءات التحكيم ما لم تكن هذه الإرادة صريحة وواضحة[٢].

ويرى جانب آخر من الفقه[٣] أن جوهر المشكلة لا يكمن فى إرادة الخصوم ولكن يكمن فى اختيار القانون الملائم والأنسب من الناحية الموضوعية ليحكم المسائل الإجرائية فى التحكيم ويعد قانون مقر التحكيم هو القانون الأنسب[٤]، ومما يعيب هذا الرأى أنه لا توجد رابطة جدية أو

---

(١) الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولى الخاص، ص ١٣٥.

(٢) الدكتور/ أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية فى مجال التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٤٣.

(٣) الدكتور/ خالد محمد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٦.

(٤) الدكتور/ أبو العلا النمر، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣.

موضوعية بين موضوع النزاع وقانون دولة مقر التحكيم حتى يمكن القول بأن قانون المقر هو القانون الأنسب[١].

ويذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن قانون مقر التحكيم له طابع احتياطى ويأتى فى المرتبة الثانية بعد إرادة الإطراف إذ يعبر عن إرادة الأفراد الضمنية والتى يعبر عنها - الأفراد - صراحة فى اختيار مكان معين[٢].

المقصود بقانون مقر التحكيم :

تحديد مكان التحكيم من الأمور المهمة للغاية إذ يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم كالإجراءات الوقتية والتحفظية، كما أن تحديد مكان التحكيم يتوقف عليه تعيين جنسية حكم التحكيم أى الفصل ما إذا كان وطنيا أم أجنبيا وهى مسألة فى غاية الأهمية عند طلب تنفيذ الحكم، إذ تعتد بعض الاتفاقيات بمكان صدور حكم التحكيم لإثبات دوليته كاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها - كما أن لتحديد مكان التحكيم أهميته أيضا فى تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم حيث تتبنى النصوص القانونية الحديثة وطنية كانت أم دولية مبدأ الإقليمية وتعطى أولوية لعنصر ارتباط مكان التحكيم بإقليم الدولة كما هو الحال فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون النموذجى للجنة التجارة الدولية الخاصة بالتحكيم التجارى الدولى وقد مزجت بعض القوانين هذا المعيار بإرادة الأطراف كالقانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى المادة الأولى منه[٣].

---

[١] الدكتور/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، ١٩٨١، ص ٩٦.

[٢] الدكتور/ إبراهيم العنانى: تطبيق القانون الداخلى على التحكيمات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة ٣٨، العدد ٢، ١٩٩٦، ص ٦.

[٣] حسين الماحى: انعكاسات العولمة على التحكيم التجارى الدولى، بحث مقدم للمؤتمر السنوى الخامس حول الاتجاهات الحديثة فى التحكيم، حقوق المنصورة، ٢٨ - ٢٠٠٠/٣/٢٩، ص ٢٧ وما بعدها.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود من قانون مقر التحكيم هو قواعد الإسناد المنصوص عليها فيه[١]. بينما يذهب الرأى الراجح إلى أن المقصود بقانون مقر التحكيم هو القواعد الإجرائية فيه[٢].

(ب) **سلطة المحكم فى اختيار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق**:

تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد إجراءات التحكيم عند عدم الاتفاق بين الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية وكذلك تتولى هيئة التحكيم هذه المهمة عند تفويضها للقيام بذلك من قبل أطراف النزاع واتفاقهم على ذلك.

وهيئة التحكيم بصدد هذه المهمة تتمتع بما يتمتع به الخصوم من حرية وإمكانيات بشأن وضع هذه القواعد الإجرائية ولها أن تقرر اتباع النظام الإجرائى المعتمد فى لائحة منظمة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة كما لها أيضا الأخذ بالإجراءات النافذة فى قانون إجرائى لدولة معينة[٣]. على أنه يتعين على المحكم الالتزام بالنصوص الإجرائية الآمرة فى قانون دولة مقر التحكيم ... وكذلك احترام حدود السلطة المخولة له فى اتفاق التحكيم ذاته فى مسألة تنظيم إجراءات التحكيم[٤] ... كما يجب على المحكم ضرورة احترام القواعد الإجرائية فى قانون الدولة المرجح تنفيذ الحكم فيها[٥].

---

(١) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربى، بالإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٦٧.

(٢) الدكتور/ أبو العلا النمر، سابق الإشارة إليه، ص ٤٥؛ الدكتور/ خالد محمد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٨.

(٣) الدكتور/ مصطفى الجمال، والدكتور/ عكاشة عبد العال، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٢٧؛ الدكتور/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، ص ١٤٩.

(٤) انظر:

"P". level: la procedure arbitrale. P. 65.

(٥) انظر: مركز التجارة الدولية (يونكتاد) منظمة التجارة العالمية: التحكيم والوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة الدولية، ترجمة مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، ص ٩٤، ٩٥.

المطلب الخامس

الحكم الصادر فى التحكيم

وتتوج إجراءات التحكيم بصدور الحكم الفاصل فى موضوع النزاع المنظور أمام هيئة التحكيم، ونبحث بخصوص حكم التحكيم إجراءات إصدار حكم التحكيم، وحجية حكم التحكيم٠

أولا : إجراءات إصدار الحكم :

ويصدر حكم التحكيم Award كتابة[١] وبالأغلبية إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين٠ ويصدر القرار قاطعا غير قابل للاستئناف[٢] وملزما لأطراف النزاع٠ والأصل أن يسبب القرار motivation والاستثناء عدم تسبيبه إذا أجاز أطراف النزاع ذلك[٣]٠ ولا يجوز إذاعة القرار إلا بموافقة الخصوم[٤]، وهو حل تقليدى لأن من ميزات نظام التحكيم - السرية - التى تبررها ضرورة الحفاظ على الأسرار التجارية٠ وإذا كان قانون الدولة التى صدر بها القرار يستلزم إيداع الحكم أو تسجيله، وجب أن تقوم هيئة التحكيم بهذا الإجراء٠

وعلى هذا نصت المادة ٤٠ من قانون التحكيم المصرى على أن: "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد

---

(١) المادة (٤٢) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

(٢) نصت المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصرى على أن: "١ - لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية"٠ ونصت المادة (١٨ - ٣ - ز) من عقد إنشاء محطة كهرباء سيدى كرير، سابق الإشارة إليه، على أن: "يكون القرار الذى يتخذ من أغلبية المحكمين نهائيا وملزما للأطراف، كما يكون حكم التحكيم الصادر ملزما وباتا"٠

(٣) نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٢) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أن: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم"٠

(٤) نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٤) من قانون التحكيم المصرى على أن: "ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفى التحكيم"٠

مداولة تتم على الوجه الذى تحدده هيئة التحكيم. ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك".

ونصت المادة ٤١ على أنه إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهى النزاع بينهما كان لهما أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم التى يجب عليها فى هذه الحالة أن تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وينهى الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ.

إصدار حكم التحكيم فى ظل التنظيمات والقواعد ذات الطابع الدولي :

يصدر حكم التحكيم بأغلبية آراء أعضاء محكمة التحكيم وفقا لنص المادة (٤٨) من قواعد المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار الذى أنشئ باتفاقية واشنطن ١٩٦٥ (والسارية من ١٤ أكتوبر ١٩٦٦)[1]. ولكن يجب ألا يكون المحكمون المكونون للأغلبية منتمين إلى الدولة الطرف فى النزاع أو لدولة الرعية الذى يقف طرفا ثانيا، إلا إذا كان المحكم واحدا عينه الأطراف أو قام كل طرف بتعيين محكم على أن يتولى المحكمان اختيار الثالث وفى حالة الفشل يتم تعيين الثالث بواسطة رئيس مجلس إدارة المركز بناء على طلب من أى من الأطراف. ولم تتضمن قواعد المركز أى نصوص تواجه حالة عدم توافر الأغلبية، ولكن وفقا لنص المادة (٤٤) من الاتفاقية تتصدى المحكمة (محكمة التحكيم) لحسم المسائل التى تتعلق بالإجراءات والتى لم تواجهها الاتفاقية أو القواعد المنظمة للتحكيم[2].

وتنص المادة (٢٩) من القانون النموذجى (اليونسترال) على أن يتخذ أى قرار بأغلبية آراء هيئة التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، مع

---

(١) الاتفاقية الخاصة ببعض منازعات الاستثمار بين الدول وبين مواطنى الدول المتعاقدة الأطراف والمبرمة فى واشنطن فى ٢٥ من أغسطس ١٩٦٥. انظر فى ذلك: الدكتور/ جلال وفا محمدين: التحكيم بين المستثمر الأجنبى والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديد للنشر، ٢٠٠١، ص ٦٦، ٦٧.

(٢) انظر: الدكتور/ جلال وفا محمدين، المرجع السابق، ص ٦٦.

جواز صدور القرارات فى المسائل الإجرائية من رئيس الهيئة بشرط إذن الأطراف أو جميع أعضاء هيئة التحكيم. أما قواعد (اليونسترال) والتى يطبقها مركز القاهرة، فقد نصت المادة (٢٩) على أن تصدر المحكمة قرارا بقفل باب المرافعة، بعد الاستعلام من الأطراف، عما إذا كان لديهم ما يريدون إبداءه أو تقديمه، ويظل متاحا للمحكمة بمبادرة منها، أو بناء على طلب أحد الأطراف إعادة فتح باب المرافعة، ويصدر الحكم وفقا لنص المادة (٣١) بأغلبية الآراء، ويسرى هذا على أى قرار تصدره الهيئة. وإذا تعلق الأمر بأمر إجرائى ولم تتوفر الأغلبية، فللرئيس أن يقرر، مع احتمال مراجعة الأمر بواسطة المحكمة، وللرئيس ذلك أيضا إذا أذنت له المحكمة.

ولم تواجه مشكلة عدم توافر الأغلبية بحل صريح إلا قواعد غرفة التجارة الدولية، وقواعد محكمة تحكيم لندن، فوفقا لنص المادة (٢٥) من قواعد الغرفة يصدر الحكم بالأغلبية، فإذا لم تتحقق أصدر رئيس المحكمة الحكم بمفرده[١]. ويجب قبل توقيع الحكم سواء صدر من الأغلبية أو من الرئيس، أن يعرض مشروع الحكم على المحكمة الدولية للتحكيم بالغرفة والتى تملك إدخال تعديلات شكلية مع إمكان لفت نظر المحكم لبعض

---

[١] انظر فى مزايا هذا الحل وتجنب الطريق المسدود فى حالة عدم توفر الأغلبية، الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، ٢٠٠٤، ص ١٧٨. وانظر تحكيم بين شركة راكتا المصرية وشركة إنشاءات أمريكية (بارسونز ويتمور) حيث تعذر الوصول للأغلبية بشأن الدفع بالقوة القاهرة بسبب حرب ١٩٦٧، حيث تمسك المحكم المصرى برفض الدفع، بينما تمسك الطرف الأمريكى بقبوله. وأصدر الرئيس (سويدى الجنسية جونار لاجرين) قبول الدفع مع تحديد أثره زمنيا بحيث يتعين العودة إلى الحال الذى كان بعد زوال أثر القوة القاهرة، ومع استمرار المحكمين على موقفهما انفرد الرئيس بإصدار القرار بشأن التعويضات التى كان يرفضها المحكم الأمريكى ويطلب المحكم المصرى رفع قيمتها . قرار الغرفة ١٧٠٣/١٩٧١ - ١ - مشار إليه فى مؤلف الدكتور/ مختار بريرى، المرجع السابق، ص ١٧٨ هامش (٢).

المسائل الموضوعية، ولا يمكن صدور الحكم إلا بعد إقـــراره شـــكلا مـــن المحكمة[١].

أما قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولى (الســـارية مـــن أول ينـــاير ١٩٨٨) فقد نصت المادة ٣/١٦ على أن يصدر الحكم بالأغلبية فـــى حالـــة الاختلاف، فإذا لم تتحقق الأغلبية يصدره الرئيس كما لو كان محكما وحيدا.

ولا شك أن النهج الذى تبنته قواعد محكمة لندن هو النهج الذى يقـدم الحل الأمثل والكفيل بعدم وصول المحكمين إلى طريق مسدود قد يؤدى إلـــى فشل عملية التحكيم.

ثانيا : حجية حكم المحكمين :

حكم المحكمين هو قرار يطبق القانون، حلولا محل إرادة الأفـــراد، فيعتبر قضاءا، ولكنه ليس قضاءا عاما - ويترتب على ذلك:

أ - يكتسب حكم المحكمين حجية الأمر المقضى[٢]، بمجرد صدوره. ولـــهذا فإنه لا يجوز لأى من الخصمين اللجوء إلى القضاء بعد صدوره. ويكون لحكم المحكمين حجية، ولو كان قابلا للطعن فيه. كما أن الحجية تثبت له ولو قبل شموله بأمر التنفيذ.

ب - يعتبر حكم التحكيم ورقة رسمية بمجرد صدوره حتى قبل إيداعه قلـــم كتاب المحكمة. باعتبار أنه صدر من شـــخص أو أشـــخاص اختـــارهم

---

(١) ولا يعتد إلا بهذا الإقرار فى تحديد تاريخ صدور الحكم ولذلك يمكن أن يبطل الحكم ولا ينفذ لصدوره بعد المواعيد، وقد حدث أن صدر قرار الهيئة فى ١٩٧٤/١٢/٩ وكانت نهاية المـــدة فى ١٩٧٤/١٢/٣١ أى أن المحكمين أصدروا قرارا فى الميعاد، ولكن المحكمة لم تصـــدق إلا فى ١٩٧٥/١/٢٢ ولذا أيد قضاء النقض الفرنسى رفض تنفيذ الحكم لفوات الميعاد المتفق عليه - نقض فرنسى ١٩٨١/٤/٢٧ - جازيت دى باليه ١٩٨١ - ١١ - ٥٨٤، وانظر المادة (٢٧) من قواعد الغرفة.

(٢) المادة (٥٥) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

أطراف النزاع، وفقا لأحكام القانون للقيام بتطبيق القانون في حالة معينة[١].

ج - ولا يعتبر حكم التحكيم سندا تنفيذيا إلا بعد صدور أمر بذلك من القضاء، وفقا لما نصت عليه المادة ٥٦ من قانون التحكيم المصرى[٢].

وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن المقصود من الأمر بتنفيذ حكم المحكمين هو مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه من حيث التثبت من وجود مشارطة التحكيم، وأن المحكم قد راعى الشكل الذى يتطلبه القانون سواء عند الفصل فى النزاع أو عند كتابة الحكم دون أن يخول للقاضى الفصل فى الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون[٣].

وحكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضى بمجرد صدوره، رغم أنه يكون غير قابل للتنفيذ الجبرى إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، ولا يهدم ذلك حجية هذا الحكم، فإذا لم يصدر الأمر بالتنفيذ يفقد الحكم قوته التنفيذية دون أن يفقد حجيته، إذ تستمر هذه الحجية ولا تزول عنه إلا فى حالة صدور حكم ببطلانه[٤].

ذلك أن حجية الأمر المقضى تختلف عن فكرة قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى، ففكرة حجية الأمر المقضى تعنى عدم التعرض لموضوع الدعوى التى فصل فيها الحكم سواء من قبل المحكمة أو من قبل الخصوم، بينما فكرة قابلية الحكم للتنفيذ الجبرى تعنى صلاحية هذا الحكم للتنفيذ فى ظل حماية قضائية يكفلها قضاء التنفيذ[٥].

---

(١) الدكتور/ فتحى والى، سابق الإشارة إليه، ص ٩١٤، ٩١٥.

(٢) نصت المادة (٥٦) على أن: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بتنفيذ حكم المحكمين .....".

(٣) نقض مدنى جلسة ١٩٧٨/٢/١٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٩، ص ٤٧٢.

(٤) الدكتور/ خالد محمد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٧٥.

(٥) الدكتور/ فتحى والى: التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ١١٦.

على أن نهائية الحكم الصادر فى التحكيم ترتبط بما يقرره قانون الدولة التى صدر فيها هذا الحكم، فبعض التشريعات كالتشريع الفرنسى والتشريع الكويتى تنظر إلى خصومة التحكيم على أنها خصومة أول درجة من درجات التقاضى، ومن ثم فإنه يجوز الطعن على الحكم الصادر فيها بالاستئناف، فالتشريع الفرنسى يجيز الطعن فى الحكم الصادر فى التحكيم مالم يتفق الخصوم على غير ذلك (المادة ١٤٨٢ من قانون المرافعات المدنية الفرنسى)[١]، وفى التشريع الكويتى لا يجوز الطعن فى حكم التحكيم إلا إذا اتفق الخصوم على الطعن عليه بالاستئناف قبل صدوره (المادة ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتى)[٢].

كما أن القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (اللجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، ١٩٨٥) اعتبر الحكم الصادر فى التحكيم حكما نهائيا غير أنه أجاز إلغاء الحكم فى حالات معينة (المادة ٣٤)[٣].

وإذا ما انتهت خصومة التحكيم بصدور حكم فاصل فى موضوع النزاع فإن من صدر لصالحه الحكم يسعى لتنفيذه، وتنفيذ الحكم هو ما نتحدث عنه فى المطلب التالى.

المطلب السادس

تنفيذ حكم التحكيم

حرص المشرع المصرى على أن يخضع تنفيذ حكم التحكيم لرقابة القضاء فتطلب ضرورة إصدار أمر بتنفيذ الحكم من القضاء، ومن خلال

---

(١) الدكتور/ محمد نور شحاته: الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٧٥؛ لدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، سابق الإشارة إليه، ص ٢٣٠.

(٢) الدكتور/ سيد المراكبى: التحكيم فى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٢٤ وما بعدها.

(٣) الدكتورة/ حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعى، بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٩١ وما بعدها.

إصدار الأمر يتثبت القاضى من وجود شرط التحكيم، وأن التحكيم قد روعى فيه الشكل الذى يتطلبه القانون سواء عند الفصل فى النزاع أو عند كتابة الحكم، دون أن يكون للقاضى رقابة على حكم المحكم من الناحية الموضوعية، ومن مطابقته للقانون، فرقابة القضاء على حكم التحكيم، عند إصدار الأمر لتنفيذه تستهدف فقط التثبت من خلو هذا الحكم من العيوب الجوهرية التى قد تشوبه، والتحقق من عدم وجود ما يحول دون تنفيذه.

وبصدور الأمر بالتنفيذ يصبح الحكم واجب التنفيذ وله قوة تنفيذية تتيح تنفيذه جبرا[١].

شروط استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والقاضى المختص به :

تنص المادة ٥٥ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على: "أن أحكام المحكمين تحوز حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ".

غير أن تنفيذ حكم التحكيم يقتضى صدور أمر من القاضى المختص بتنفيذه فصدور الأمر بالتنفيذ هو الذى يجعل حكم التحكيم سندا تنفيذيا[٢].

ويختص بإصدار الأمر طبقا للمادة ٥٤ من قانون التحكيم المصرى رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، فإذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء تم فى مصر أو فى الخارج فيصدر الأمر من رئيس محكمة استئناف القاهرة ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر فيصدر الأمر من رئيس هذه المحكمة. ويجوز لرئيس المحكمة أن يندب أحد قضاتها لإصدار الأمر.

---

(١) الدكتور/ أحمد السيد صاوى: تنفيذ أحكام المحكمين طبقا لقانون التحكيم المصرى مقارنا ببعض أنظمة التحكيم العربية والأوربية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجارى الدولى المنعقد بإشراف مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى ٢٠٠٠/١/٢٨، بفندق شيراتون القاهرة، ص ١.

(٢) انظر أيضا المادة ٧٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى، والمادة ٤٤ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودى.

ويتعين أن يرفق بطلب التنفيذ الأوراق الآتية:

١ - أصل حكم التحكيم أو صورة موقعةِ منه.

٢ - صورة من اتفاق التحكيم.

٣ - ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادرا بها.

٤ - صورة من المحضر الدال على إيداع حكم التحكيم بقلم كتاب المحكمة.

ولا يقبل طلب استصدار أمر بتنفيذ التحكيم إلا بعد انقضاء ميعاد دعوى بطلان الحكم وقد حدده المشرع المصرى بتسعين يوما من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه.

ولا يجوز للقاضى طبقا لقانون التحكيم المصرى أن يصدر أمره بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق مما يأتى (م ٥٨):

١ - أن الحكم لا يتعارض مع حكم قضائى سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع وذلك احتراما لحجية أحكام القضاء.

٢ - أن حكم التحكيم لا يتضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية ومن أمثلة ذلك مساواة الأنثى بالذكر فى الميراث على خلاف ما تقضى به أحكام الشريعة الإسلامية من أن للذكر مثل حظ الأنثيين.

٣ - أنه قد تم إعلان الحكم للمحكوم عليه صحيحا.

ومتى صدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإنه لا يجوز التظلم منه، أما إذا صدر الأمر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وليس إلى القاضى الذى أصدر الأمر، وذلك فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره (مادة ٣/٥٨ من قانون التحكيم المصرى)[١].

---

[١] راجع الدكتور/ أحمد السيد صاوى، البحث سابق الإشارة إليه، ص ٢ ، ٣.

هل يجوز تقديم إشكال وقتى لوقف تنفيذ حكم التحكيم ؟

يذهب البعض[١] بحق إلى إمكانية تقديم إشكال وقتى فى التنفيذ إلى قاضى التنفيذ لوقف حكم التحكيم لأنه يتعلق بواقعة لاحقة على حكم التحكيم فالإشكال ليس طريقا للطعن فى حكم التحكيم وإنما هو موجه إلى القوة التنفيذية للحكم. ورغم عدم وجود نص صريح فى القانون المصرى يبيح الإشكال فى حكم المحكمين إلا أن القواعد العامة التى يقررها قانون المرافعات بشأن تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية لا تحول دون ذلك.

هذا فضلا عن أنه لا يجوز الاحتجاج بأن فى وسع المحكوم ضده رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم وطلب وقف التنفيذ من المحكمة التى تنظر الدعوى ذلك أن مجال دعوى بطلان حكم التحكيم يختلف عن مجال الإشكال فمجال الإشكال دائما واقعة لاحقة على الحكم، كما أن أسباب البطلان لا تتسع لكى تشمل ما يمكن أن يبنى عليه الإشكال من أسباب فقد يبنى الإشكال على أن الحكم لا يشتمل على أمر التنفيذ أو عدم مراعاة المواعيد التى يتعين انقضاءها قبل التنفيذ.

تنفيذ الأحكام وفقا لاتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨ :

تفرق اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها[٢]. والتى تسرى على الأحكام التى تصدر فى دولة ويراد تنفيذها فى دولة أخرى. بين الأحكام الوطنية والأحكام الأجنبية، ومعيار التفرقة هو مكان صدور حكم التحكيم حيث تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى على تطبيق القواعد التى تضمنتها على أحكام التحكيم الصادرة فى

---

(١) الدكتور/ رأفت محمد رشيد الميقاتى: تنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٠٨. الدكتور/ أحمد السيد صاوى: تنفيذ أحكام التحكيم، ص ٥.

(٢) انظر بصفة عامة فى تطبيق اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨:
Albert Jan Van Berg: The New York Arbitration convention (1981).
الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكم التجارى الدولى، ٢٠٠٤، ص ٢٧٩ وما بعدها؛ الدكتور/ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، ص ٢١٦ وما بعدها؛ الدكتور/ خالد محمد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٨٢ وما بعدها.

إقليم دولة غير الدولة التى يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها – كما تسرى أيضا على أحكام التحكيم التى لا تعتبر وطنية فى الدولة التى يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها.

ويتضح من هذا النص اتساع دائرة ما يعتبر حكما أجنبيا، فمن الممكن أن يعتبر كذلك حتى لو كان صادرا فى الدولة نفسها التى يراد تنفيذه فيها، إذا كان هذا الحكم لا يمكن اعتباره حكم تحكيم وطنى وفقا لقانون هذه الدولة، مثال ذلك الحكم فى نزاع بين أطراف أجنبية وكان متعلقا بمعاملة تجارية ذات طابع دولى تنفذ فى الخارج – ويمكن أيضا امتداد الاتفاقية لأحكام التحكيم التى تصدر فى مصر من هيئة تحكيم دائمة، إذا أضفى القانون على هذه الهيئة صفة الدولية[١].

وقد أشارت الاتفاقية إلى الإجراءات الخاصة بطلب الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم فى الدول المنضمة إليها، كما أشارت إلى الوثائق التى يتعين أن تقدم مع الطلب إلى الدولة المراد منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه وهذه الوثائق هى:

- أصل الحكم الخاص بالتحكيم أو صورة من الحكم مستوفية لشروط التصديق.
- أصل اتفاق التحكيم، أى الاتفاق الذى يحتوى على شرط التحكيم، أو صورة منه مستوفية لشروط التصديق[٢].
- إذا لم يكن الحكم أو اتفاق التحكيم مكتوبا باللغة الرسمية للبلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها، فإن على طالب الاعتراف وتنفيذ الحكم أن يقدم ترجمة رسمية للوثائق المذكورة على أن تكون الترجمة مصدقا عليها[٣].

---

(١) الدكتور/ محمود مختار بريرى: التحكيم التجارى الدولى، ٢٠٠٤،.ص ٢٨٠.

(٢) انظر المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨.

(٣) المادة ٢٢١ من الاتفاقية.

كما قررت الاتفاقية فى المادة الثانية أن تنفيذ الأحكام يكـــون وفقــا لقواعد الإجراءات المطبقة فى البلد المراد تنفيذ الحكم فيها[١].

تنفيذ حكم التحكيم وفقا لاتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ :

- ذهبت اتفاقية واشنطن ١٩٦٥[٢]، (التى أنشأت المركـــز الدولـــى لتسوية منازعات الاستثمار)، إلى حد أبعد مما ذهبت إليه اتفاقيـــة نيويـــورك ١٩٥٨، فاتفاقية واشنطن تفرض على الطرف الخاسر فى التحكيـــم التزامـــا صارما بضرورة الانصياع لحكم المحكم، وقد تقرر هذا الالتزام فى المـــادتين ٥٣ و ٥٤ من الاتفاقية، فالمادة ٥٣ تقضى بأن حكم التحكيم يكـــون ملزمـــا للأطراف، ولا يمكن استئنافه أو استبعاده لأى سبب، إلا ما ذكرته الاتفاقيـــة نفسها، فكل طرف ملتزم بتنفيذ الحكم ما عدا فى الحالات التى تنـــص فيـــها الاتفاقية ذاتها على عدم التنفيذ[٣].

بينما المادة ٥٤ من اتفاقية واشنطن على كل دولة متعاقدة الاعـــتراف بحكم التحكيم الصادر طبقا للاتفاقية باعتباره ملزما، كما يجب على الـــدول القيام بتنفيذ الالتزامات المالية المقررة فى الحكم، كما لو كان حكم التحكيـــم الصادر من محكمة المركز حكما نهائيا صادرا من محكمة فى إقليم الدولـــة

---

(١) الدكتور/ خالد محمد القاضى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٨٣.

وانظر فى شروط تطبيق الاتفاقية الدكتور/ جلال وفاء محمدين، سابق الإشارة إليه، ص ٦٣ - ٦٥.

Firth: The Finality of a Foreign Arbitration Award, 25 Arbitration Journal (1970), P. 1.

(٢) الاتفاقية الخاصة بتسوية بعض منازعات الاستثمار بين الدول وبين مواطنى الدول الأخـــرى والمبرمة فى واشنطن ١٩٦٥ والتى أنشأت المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار . راجع فى ذلك: الدكتور/ جلال وفا محمدين: التحكيم بين المســـتثمر الأجنبـــى والدولـــة المضيفـــة للاستثمار أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاســـتثمار، دار الجامعـــة الجديـــدة للنشـــر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٦٦.

(٣) انظر - بصفة خاصة:

Delaume: Enforcement of state contract Awards: Jurisdictional Pitfalls and Remedies, Volume 8 (1993) N° 1, P.P. 29 – 51.

المتعاقدة المطلوب تنفيذ الحكم فيها[١]. وذلك يعني ذلك أنه يتعين على محاكم الدولة الطرف في الاتفاقية اعتبار الحكم التحكيمي الصادر عن المركز نهائيا وذلك دون الالتجاء إلى أى إجراء إضافي، وبصفة خاصة يمكن تنفيذه بدون الحصول على الأمر التنفيذى exequatur والذى كانت تتطلبه اتفاقية نيويورك. وعلى ذلك يعتبر الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز، وبمجرد صدوره، قابلا للتنفيذ في كل الدول المتعاقدة فى الاتفاقية أى أن الحكم يتصف بأنه ذو طبيعة عالمية أو Supernational award[٢].

---

[١] راجع:

West, Award Enforcement Provisions of the World Bank Convention, Volume 23 Arbitration Journal 38 (1968).

ص ٣٨ وما بعدها.

[٢] انظر:

Delaume, Enforcement of State Contract Awards: Jurisdictional Pitfalls and Remedies ....

المقالة سابق الإشارة إليها، ص ٣٣ وما بعدها.

Ross P. Buckley, Now We have Come to the ICSID Party; Are its Awards Final and Enforceable? Volume 14 Sydney Law Review PP. 358 – 372.

الدكتور/ جلال وفا محمدين، سابق الإشارة إليه، ص ٦٦، ٦٧.

خاتمة

رأينا أن الاستثمار فى مجال مشروعات البنية الأساسية مثل الطرق، ومحطات الطاقة، والمطارات والموانى ... وغيرها من المشروعات الاقتصادية العامة الكبرى، يعتبر ضرورة أساسية لتحقيق النمو الاقتصادى الذى تعد الدولة مسئولة عنه، وفى سبيل تنفيذ هذه المشروعات تستخدم الحكومات - عادة - حصيلة الضرائب، أو القروض من البنوك التجارية، أو مؤسسات التمويل الدولية مثل البنك الدولى، وهو ما يؤدى إلى زيادة المديونية الخارجية.

بيد أن الاتجاه السريع نحو العولمة، وتزايد اتجاه العديد من الدول النامية نحو التصنيع، فرض على الدول زيادة الإنفاق على الاستثمارات فى مجال هذه المشروعات التى تتسم بضخامة رأس المال المستخدم، وتمثل عبئا هائلا على الخزانة العامة للدولة، وهو ما يتطلب تبنى آليات أخرى لتمويل مثل هذه المشروعات.

ولقد شهد العقد الأخير من القرن العشرين اتجاها عالميا جديدا، - لقى مساندة قوية من جانب البنك الدولى، وصندوق النقد الدولى -، ركز على ضرورة تطبيق سياسة التخصيصية، وتقليص دور الدولة فى الاقتصاد، ودعم الاتجاه نحو مشاركة استثمارات القطاع الخاص المباشر فى مشروعات البنية الأساسية، ويعد نظام الـ "B.O.T." أحد الآليات الحديثة - نسبيا - والذى وجد تأييدا من مجموعة البنك الدولى كاستراتيجية لزيادة الكفاءة الاقتصادية، وتقليص الإنفاق الحكومى، وتعظيم مساهمة القطاع الخاص.

لقد وجدت الدول النامية ضالتها فى اللجوء إلى نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." بما يوفره للدولة من تمويل لمشروعاتها العملاقة دون الحاجة إلى تحميل الموازنة العامة للدولة أعباء مالية إضافية أو اللجوء إلى القروض الخارجية، كما يصاحب ذلك تكنولوجيا

متقدمة، وخبرات إدارية تفيد الدول النامية فى مشروعات أخرى مماثلة، سواء أكانت من خلال الحكومة، أم بواسطة القطاع الخاص.

ومع التسليم بما شهدته مصر فى تلك الحقبة من خطة طموح للإصلاح الاقتصادى تهدف إلى الوصول إلى معدل مناسب من النمو الاقتصادى يواكب الزيادة الكبيرة فى النمو السكانى، وقد اعتمدت خطة الإصلاح الاقتصادى على ثوابت رئيسية شملت التحول إلى السوق الحر، وتحرير التجارة، ومشاركة القطاع الخاص بالاستثمارات لبناء المشروعات المنتجة، بالإضافة إلى جذب الاستثمارات الخارجية بما تم سنه من تشريعات وقوانين لضمانات وحوافز الاستثمار وحرية تداول العملة وتحويلها، وتوسع الجهاز المصرفى فى منح الائتمان للمشروعات العملاقة، بالإضافة إلى ترشيد الاقتراض الخارجى والداخلى والتعاون مع الدول والصناديق العالمية والإقليمية المقرضة، والمانحة للحصول على القروض ذات الفائدة الميسرة وتوجيهها للمشروعات التى تحتاجها.

إلا أن ذلك كله لم يكن كافيا ولن يكون كافيا لبناء وتشييد مشروعات البنية الأساسية اللازمة لنمو الاقتصاد المصرى، ذلك لأن هذه المشروعات تحتاج لرؤوس أموال ضخمة لا يمكن أن تتحملها ميزانية الدولة، أو مواردها، ولذلك فقد لجأت مصر إلى استخدام نظام الـ "B.O.T." فى بعض المشروعات فى مجالات الكهربا، والمواصلات، والطرق، والمطارات، والموانئ ... وغيرها، ذلك النظام الذى أصبح نظاما عالميا تلجأ إليه معظم دول العالم شرقه وغربه، المتقدمة منها والنامية، وتستخدمه خططها لتنفيذ الاستثمارات اللازمة للإصلاح والنمو الاقتصادى.

وفى ضوء ذلك ظهر نظام الـ "B.O.T." والذى يتمثل فى الاستعانة بالقطاع الخاص ليقوم بإنشاء مشروعات البنية الأساسية، مستخدما أمواله مقابل الحصول على حق استغلال كامل المشروع الذى يبنيه خلال فترة من الزمن بموجب عقد تحدد فيه شروط استغلال المشروع التى تمكن المستثمر من استعادة التكاليف التى أنفقها من رأس ماله

الخاص، وتوزيع الأرباح على المساهمين على أن يقوم بتسليم المشروع عند نهاية فترة الاستغلال بحالة جيدة، وصالحة للتسيير.

ويبرم عقد الـ "B.O.T." بين طرفين، قد يكونان كلاهما من أشخاص القطاع الخاص، فقد يلجأ القطاع الخاص مثل النوادى والشركات الخاصة - بسبب نقص التمويل - إلى إنشاء مشروعاته الاستثمارية عن طريق التعاقد مع مستثمر آخر من القطاع الخاص لإنشاء تلك المشروعات، ويحدد العقد حقوق والتزامات الطرفين، طبقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

وقد أظهر البحث أن الأغلبية الساحقة من عقود الـ "B.O.T." تبرم بين الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وبين مستثمر من القطاع الخاص المحلى أو الأجنبى، يتخذ عادة شكل شركة لتنفيذ مشروع من المشروعات الاقتصادية العامة التى تدر دخلا.

ويشترط فى العقد ما يشترط فى العقود عامة من رضاء صحيح، صادر من ذى أهلية، وغير مشوب بعيب من عيوب الرضاء، ومحل ممكن، ومعين أو قابل للتعين، ومشروع، وسبب مشروع.

ونظرا لوجود الدولة طرفا فى هذا العقد فقد اختلف الرأى بشأن الطبيعة القانونية له، حيث ذهب الرأى التقليدى إلى أنه من العقود الإدارية، لوجود الدولة طرفا فيه، وتعلقه بمرفق عام، غير أن وجود الدولة طرفا فى العقد لا يعنى - بالضرورة - صيرورته عقدا إداريا، فكثير ما تلجأ الدولة إلى إبرام عقود تنتمى إلى القانون الخاص، كما أن عقود الـ "B.O.T." تختلف اختلافا جوهريا عن عقد امتياز المرفق العام من حيث الطبيعة والشروط.

كما اتضح من خلال الدراسة أن طبيعة عقد الـ "B.O.T." تتنافى مع إمكانية أن تضمن الدولة العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، بل تفرض عليها أن تتعاقد فى مثل هذه العقود كما يتعاقد أفراد القانون الخاص.

وقد خلص البحث إلى أن عقود الـ "B.O.T." من عقود القانون الخاص، تقوم على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ويسودها مبدأ "سلطان الإرادة"، وتنطوى على حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين، دون أن يكون للجهة الحكومية المتعاقدة سلطات تميزها عن المتعاقد الآخر، وليس فى هذا الاتجاه العملى ما ينقص من مصلحة الدولة أو ما يشير إلى وجود مصدر خطر على مشروعاتها المنفذة بتلك العقود، فقد ترى الدولة أن من مصلحتها أن تنزل فى تعاقدها على تنفيذ تلك المشروعات نفس المنزلة التى ينزلها الأفراد عند إبرام عقودهم.

وفى إطار عقود القانون الخاص رأينا أن عقود الـ "B.O.T." تنتمى إلى العقود التجارية، طبقا للمعيار الراجح فى الفقه، باعتبار أن القانون التجارى المعاصر هو قانون النشاط الاقتصادى، ولما كانت عقود الـ "B.O.T." من أهم عقود التنمية الاقتصادية، وأكثرها تعلقا بالنشاط الاقتصادى، فإنها تعد من أهم العقود التجارية فى الوقت الراهن، وتعتبر الأعمال التى تنصب عليها - تلك العقود - من الأعمال التجارية، حسب المعيار الراجح فى الفقه لتمييز الأعمال التجارية عن غيرها، حيث أنها تمارس على وجه الاحتراف، وبالتالى تخضع لأحكام القانون التجارى طبقا لتحديد نطاق تطبيق القانون التجارى، وتدخل ضمن الأعمال التى عددتها فقرات المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

بيد أن عقود الـ "B.O.T." قد تبرم بين طرفين ينتمى كلاهما إلى نفس الدولة، وعندئذ لا مشكلة فى اعتبار العقد من عقود التجارة الداخلية، إلا أن الغالب أن عقد الـ "B.O.T."، - وأحد أهدافه الرئيسية هو جذب الاستثمارات الأجنبية - ينطوى على طرف أجنبى، هذا العقد الأخير يعد من عقود التجارة الدولية، أيا كان المعيار الذى يمكن الأخذ به للقول بإضفاء الصفة الدولية على العقد، وسواء أكان هذا المعيار قانونيا أو اقتصاديا، أو مزدوجا، فلا شك فى أنها جميعا تضفى الصفة الدولية على العقد.

ورغم أهمية عقد الـ "B.O.T."، واتساع مجالات الأخذ به- فى مصر - فإنه لم يصدر تشريع يتناول هذه العقود بالتنظيم، ويضع لها

الشروط اللازمة، ويحدد حقوق والتزامات طرفيها، واقتصر المشرع على إصدار بعض تشريعات متفرقة فى بعض المجالات التى احتاج العمل - فيها - إلى التعاقد بنظام "B.O.T." اكتفى فيها بالنص على أداة منح الامتياز ومدته، استثناءاً من قانون امتياز المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧، وذلك رغم أن الحاجة ماسة إلى إصدار تشريع ينظم هذه العقود فى ظل تزايد الاعتماد عليها فى إنشاء المشروعات الاقتصادية العامة التى تحتاجها الدولة.

ونتيجة عدم وجود تشريعات تنظم هذه العقود فقد وجب العودة إلى القواعد العامة للعقود فى القانون الخاص لاستخلاص القواعد التى تحكم هذه العقود وتحدد حقوق والتزامات طرفيها.

وطبقا للقواعد العامة فإن عقد الـ "B.O.T." يرتب حقوقا والتزامات متقابلة، ومتوازية بين طرفيه، الدولة المتعاقدة، والمستثمر من القطاع الخاص "شركة المشروع"، حيث تلتزم الدولة بتهيئة مناخ الاستثمار عن طريق إزالة العوائق والقيود، ومنح الحوافز والضمانات للاستثمار، وتلتزم بتمكين المستثمر من استغلال المشروع للحصول على المقابل المالى، وإذ يحق للمستثمر أن يستفيد من التزامات الدولة المتعاقدة - سالفة الذكر - فإنه فى المقابل يلتزم بإنشاء المشروع بالشروط المتفق عليها فى المدة المحددة، ونقل التكنولوجيا اللازمة لإنشاء المشروع وتشغيله، ويلتزم بتشغيل المشروع وتقديم الخدمات المبتغاة منه بالمواصفات المتفق عليها، وبالسعر المتفق عليه، كما يلتزم بصيانة المشروع، وفى نهاية المدة المحددة للاستغلال يلتزم المستثمر بإعادة المشروع إلى الدولة المتعاقدة بحالة جيدة، وصالحة للتسيير، وفضلا عن ذلك يلتزم بتقديم الضمانات اللازمة للإنشاء والتشغيل.

فإذا انتهت مدة التشغيل، وقام المستثمر بتسليم المشروع محل التعاقد إلى الدولة المالكة له، فإن العقد ينتهى نهاية طبيعية بتنفيذه، أو بانتهاء المدة المحددة له، إلا أن عقد الـ "B.O.T." قد ينتهى دون تنفيذ، بسبب استحالة تنفيذه، أو إذا أخل أحد طرفيه بأحد التزاماته، فيطلب

الطرف الآخر فسخ العقد، وعندما يتفق الطرفان علـى إنهائـه "التقـابل" أو بالإرادة المنفردة للجهة الحكومية المتعاقدة أو للمالك الأصلي للمشروع، كمـا قد ينتهي بموت المستثمر أو إفلاسه أو إفلاس شركة المشروع.

ونظرا لأن عقود البناء والتشييد تمتاز بطبيعتـها الفنيـة المركبـة، ويستغرق تنفيذها وقتا طويلا، فقد برزت الحاجة إلى اللجـوء إلـى وسـائل لتسوية المنازعات، تتميز باستهداف التوصل إلى تسوية سـريعة وملائمـة للنزاع، تراعى فيه خصائصه الفنية، لذلك - عادة - يفضل أطـراف العقـد تسـوية منازعاتهم عن طريق التسوية الودية بطريقة مباشرة بين أطـراف العقد، كالتفاوض، أو عن طريق تدخل شخص ثالث يقوم بإنهاء النزاع مـن خلال الطريق التى يختارها الأطراف مثل الوسـاطة والتوفيـق والخـبرة، والمحاكمات المصغرة. فإذا لم تفلح محاولات التسوية بهذه الوسائل الوديـة، فلا مفر من الالتجاء إلى التحكيم أو القضاء، مع الأخذ فـى الاعتبـار مـا يتضمنه العقد من أحكام فى هـذا الخصوص، على أن معظم عقـود الـ "B.O.T." تنص على الالتجاء إلـى التحكيم نظرا لأنه النهج الأمثل لحسـم المنازعات الناشئة عن هذه العقود، نظـرا لارتباطـها بالتجـارة الدوليـة، وانطوائها - فى الأغلب - على عنصر أجنبى، وتتطلب منازعاتـها حسـما سريعا بعيدا عن الإجراءات الروتينيـة التى يتطلبها مسلك القضاء العام فـى الدولة.

عوامل ضمان نجاح المشروعات المنفذة بنظام الـ "B.O.T." :

نجـاح هذا النظام يقتضى وضع القواعـد القانونيـة، والتنظيميـة اللازمة لإنجاح مشاركة القطاع الخاص، وذلك عن طريق وضع تشريع ينظم عقود الــ "B.O.T." ويحدد شروطها، وحقوق والتزامات أطرافها، وكذلـك إنشاء الأجهزة اللازمة لتنفيذ هذه القواعد بقدر عال من الكفاءة.

ويعـد تطوير القواعد التشريعية فى الدولة على نحو يزيـل كافـة القيود غير المرغوب فيها، وبشكل يكفل وضع الإطارات القانونية المناسـبة والواضحة لهذا النوع من المشروعات، والضوابط المالية الخاصة بها مـن أبرز الأولويات اللازمة لنجاحها فى كافة مراحلها.

وفى هذا الاتجاه لا نتفق مع الرأى القائل بأن عقود الـــ "B.O.T." تعتبر من عقود القانون العام وذلك لأن الدولة فى هذه العقود تتعاقد كشخص من أشخاص القانون الخاص، ولا تتمسك أمام المستثمر الأجنبى باعتبارات السيادة أو السلطة العامة بل يتم التعاقد على قدم المساواة بين طرفى العقد (الدولة والمستثمر من القطاع الخاص)۰

فالعقد بنظام الـ "B.O.T." إن هو إلا عقد من عقود التجارة الدولية يبرم بين الدولة المتعاقدة (أو من يمثلها) ومستثمر من القطاع الخاص - يتخذ شكل شركة أو مجموعة شركات - (أجنبية فى الأغلب الأعم من الحالات) - ولذلك فقد ينطوى العقد على اختلال فى التوازن بين أطرافه ينجم عن رغبة الدول النامية فى النهوض ببنيتها الأساسية ومرافقها الاقتصادية، ومواكبة التقدم التكنولوجى، أمام رغبة الشركات المستثمرة فى الحصول على الأموال والاستفادة من الثروات الطبيعية للدول النامية۰

لذلك كان لابد من المحافظة على التوازن الدقيق بين حقوق الدولة وحقوق المستثمرين، حتى لا تكون هذه العقود بمثابة عقود إذعان نتيجة لعدم التناسب فى المقدرة الاقتصادية۰

وعلى ذلك لابد من إعداد هذه العقود بمعرفة نخبة من العلماء المتخصصين وأساتذة القانون حتى يخرج العقد فى شكل يضمن للدولة تدفق الاستثمارات بالإضافة إلى عدم استنزاف مواردها الاقتصادية بشكل يعرضها لخسارة أثناء تنفيذ العقد۰

ويجب أن تتضمن الإطارات القانونية الخاصة بهذه المشروعات الوسائل المناسبة لحسم المنازعات بطريقة ودية كلما أمكن ذلك، قبل الالتجاء إلى التحكيم۰

هذه هى أهم النتائج التى يمكن التوصل إليها من خلال الدراسة۰

والحمد لله أولا وآخرا

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية :

(أ) الكتب العامة :

د٠ إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص، الاختصاص القضائى والآثار الدولية للأحكام، بدون ناشر، ١٩٩١.

ـ: التحكيم الدولى الخاص، ٢٠٠٠.

أبو بكر بن مسعود الكاسانى: بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، الطبعة التاسعة، الجزء الأول، مطبعة مصر، ١٣٢٨هـ٠

د٠ أحمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

د٠ آرثر إدوارد بيرنر وآخرين: علم الاقتصاد، تعريب برهان الدجانى وعاصم عاشور، بيروت، ١٩٧٠.

د٠ إسماعيل غانم: الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الطبعة الثالثة، ١٩٦١.

د٠ أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دار المعارف، ١٩٦٢.

د٠ بكر القبانى: القانون الإدارى، دار النهضة العربية، بدون تاريخ٠

د٠ توفيق شحاته: مبادئ القانون الإدارى، الطبعة الأولى، ١٩٥٥.

د٠ توفيق فرج: الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٣.

د٠ ثروت بدوى: النظرية العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

د٠ جابر جاد نصار: المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانونين المصرى والفرنسى، والقانون النموذجى للأمم المتحدة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

د٠ جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولى العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

د٠ جلال العدوى: أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، ١٩٩٧.

د٠ جلال محمد إبراهيم: أحكام الالتزام، بدون ناشر، ١٩٩٦.

د٠ جمال عثمان جبريل: العقود الإدارية، إبرام العقد الإدارى وصحته وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩.

د٠ جميل الشرقاوى: دروس فى الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

ـــ: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

د٠ حازم الببلاوى: دور الدولة فى الاقتصاد، دار الشروق، ١٩٩٩.

د٠ حامد سلطان، د٠ عائشة راتب: القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

د٠ حسام الدين كامل الأهوانى: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٩٥.

د٠ حسن كيرة: الموجز فى أحكام القانون المدنى، ١٩٧٥.

د٠ حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠١.

المستشار/ حمدى يس عكاشة: موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية فى التطبيق العملى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٨.

المستشار/ رجب عبد المجيد سليم: شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ولائحته التنفيذية، طبقا لأحدث التعديلات، ٢٠٠٠.

د. سعاد الشرقاوى: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨/١٩٩٩.

ـــ: تحرير الاقتصاد ودستور سنة ١٩٧١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

د. سليمان محمد الطماوى: الأسس العامة فى العقود الإدارية، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.

د. سليمان مرقس: الوافى فى شرح أحكام القانون المدنى، المجلد الأول: نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.

د. سمير تناغو: مصادر الالتزام والإثبات، ١٩٨٩.

د. سمير كامل: الأحكام العامة للالتزام، ١٩٩٢.

د. طرح البحور على حسن: تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات الدولية الموقعة فى روما فى ١٩ يونيو ١٩٩٨.

د. عبد الرازق فرج: دوام الملكية، ١٩٨١.

د. عبد الرزاق أحمد السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول: مصادر الالتزام، المجلد الأول: العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، ١٩٨١؛ الجزء

السادس، عقد الشركة، ١٩٨٧؛ الجزء السابع، العقود الواردة على عمل، مؤسسة روز اليوسف، الطبعة الثانية، ١٩٨٩، الجزء الثامن حق الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

د. عبد العزيز سرحان: مبادئ القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٠.

د. عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى، بدون ناشر، ١٩٨٤.

ـــ: دروس فى أحكام الإلتزام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٢.

د. عبد الحكم فودة: أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.

د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية فى القانون الدولى الخاص، مكتبة النصر، ١٩٩١.

د. عبد المجيد فياض: العقد الإدارى فى مجال التطبيق، ١٩٨٣.

د. عبد المنعم البدراوى: حق الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، المطبعة العربية الحديثة، ١٩٩٤.

ـــ: التأمين، طبعة ١٩٦٢.

د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: العقود الإدارية، بدون ناشر، ٢٠٠٢.

د. عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

د. عبد المنعم محفوظ: قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادى فى مصر، عالم الكتب، ١٩٨٤.

د٠ عبد الناصر توفيق العطار: أحكام العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى، الجزء الأول، عقد البيع، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون تاريخ٠

د٠ عبد الودود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

د٠ عبيد على أحمد الحجازى: مصادر التمويل مع شرح لمصدر القروض وبيان كيفية معاملته ضريبيا، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د٠ عبيد على أحمد، ود٠ رمضان صديق: دراسة الجدوى للمشروع، دار الهانى للطباعة، ١٩٩٩.

د٠ عزيزة على الشريف: دراسات فى العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

د٠ عكاشة عبد العال: قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة فى القانون الواجب التطبيق فى العمليات المصرفية ذات الطبيعة الدولية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٣.

الشيخ/ على الخفيف: الملكية فى الشريعة الإسلامية، ١٩٦٩.

د٠ غسان رباح: العقد التجارى الدولى، العقود النفطية، دارسة مقارنة حول عقود الدولة مع شركات الاستثمار الأجنبى، بيروت، ١٩٨٨.

ف٠ و٠ بيش: تمويل المشروعات، تعريب محمد توفيق أبو ماضى، دار الفكر العربى، ١٩٧٢.

د٠ فؤاد رياض، د٠ سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

د. فؤاد العطار: القانون الإدارى، الطبعة الثالثة، ١٩٧٦.

د. ماهر ظاهر بطرس: دور الدولة فى ظل اقتصاديات السوق، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

د. محسن أحمد الخضيرى: التمويل بدون نقود، مجموعة النيل الدولية، بدون تاريخ.

د. محمد إبراهيم دسوقى: نظرية الالتزام، بدون ناشر، ١٩٩٣.

د. محمد أنس قاسم جعفر: العقود الإدارية، دراسة قانونية لنظم المناقصات والمزايدات، وتطبيق القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات فى مصر مع دراسة لعقود ألـ "B.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د. محمد بدر، ود. عبد المنعم البدراوى: الدولة الرومانية، دار النيل للطباعة، ١٩٥٠.

د. محمد السيد سعيد: الشركة المتعددة الجنسية، وآثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٧٨.

د. محمد سعيد حسين أمين: دراسة مقارنة فى فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها طبقا لقانون المناقصات والمزايدات فى مصر، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٤.

د. محمد عثمان إسماعيل: أساسيات التمويل الإدارى واتخاذ قرارات الاستثمار الوطنية، الطبعة الثانية، ١٩٨٥/١٩٨٦.

د. محمد على عرفة: شرح القانون المدنى الجديد - فى حق الملكية - الجزء الأول، مطبعة فؤاد الأول، ١٩٥٠.

د. محمد كامل ليلة: نظرية المؤسسات العامة، الجامعة اللبنانية، ١٩٧٤.

ـــ: مبادئ القانون الإدارى، الكتاب الأول، ١٩٦٥.

د٠ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.

د٠ محمد محمد عبد اللطيف: النظام الدستورى للخصخصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د٠ محمد محيى الدين سليم: نظرية الظروف الطارئة، مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى، بدون ناشر، بدون تاريخ٠

د٠ محمود جمال الدين زكى: دروس فى الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٥.

د٠ محيى الدين إسماعيل علم الدين: نظرية العقد، مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بدون ناشر، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤.

د٠ مصطفى عبد السيد الجارحى: عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة بين القانون المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

د٠ منصور مصطفى منصور: حق الملكية فى القانون المدنى المصرى، ١٩٦٥.

د٠ نزيه محمد الصادق المهدى: عقد التأمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

د٠ نعمان جمعة: الحقوق العينية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

(ب) مراجع متخصصة :

د٠ أبو زيد محمود رضوان: الشركات التجارية فى القانون المصرى المقارن، دار الفكر العربى، ١٩٩١.

ـــ : الشركات التجارية فى القانون الكويتى المقارن، ١٩٨٧.

د. أحمد السيد صاوى: التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الوطنية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

د. أحمد شرف الدين: عقد الإنشاءات الدولية (نماذج عقد الفيديك)، بدون ناشر، ١٩٩٧.

ـ: فكرة القانون الاقتصادى، دراسة فى التحولات الاقتصادية، ١٩٨٨.

د. أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانونى لاتفاقات القرض الدولى، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.

ـ: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.

د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. عمر أبو بكر باخشب: النظام القانونى للاتفاقيات البترولية فى دول مجلس التعاون الخليجى، دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات، ونظم البترول بالمملكة العربية السعودية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.

د. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر فى قانون العلاقات الخاصة الدولية، المكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٨٤.

ـ: نظرية العقد الدولى الطليق، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

ـ: علم قاعدة التنازع فى الاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء بالمنصورة، ١٩٩٦.

د. أحمد محمد محرز: القانون التجارى، بدون ناشر، ١٩٩٧.

ـ: الشركات التجارية، النسر الذهبى للطباعة، ١٩٩٩.

د. أكثم أمين الخولى: العقود التجارية، ١٩٥٧.

ـــ: الموجز فى القانون التجارى، الجزء الأول، ١٩٧٠.

د. ثروت حبيب: دراسة فى قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٧٥.

ـــ: شرح قانون التجارة الجديد، الجزء الأول، ٢٠٠٠.

د. ثروت على عبد الرحيم: شرح القانون التجارى المصرى الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. جابر جاد نصار: عقود الـ "B.O.T." والتطور الحديث لعقود الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

د. جميل الشرقاوى: محاضرات فى عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

د. جيهان حسن سيد أحمد: عقود الـ "B.O.T."، وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها.

د. حسام عيسى: نقل التكنولوجيا – دراسة الآليات القانونية للتنمية الدولية، دار المستقبل العربى، ١٩٨٧.

د. حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، ٢٠٠١.

د. سامية راشد: التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.

د. سعيد يحيى: الوجيز فى القانون التجارى، الجزء الأول، المكتب العربى الحديث، ١٩٨٠.

د. سميحة القليوبى: الشركات التجارية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢.

ـــ: شرح قانون التجارة الجديد، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. صلاح الدين جمال الدين: عقد نقل التكنولوجيا، دراسة فى إطار القانون الدولى الخاص والقانون التجارى الدولى، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

د. عبد الحى حجازى: العقود التجارية، ١٩٥٤.

د. عبد الرافع موسى: الجمعيات الأهلية والأسس التى تقوم عليها ومدى تجارية أعمالها واكتسابها صفة التاجر، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

د. عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، مكتبة الجلاء بالمنصورة، بدون تاريخ.

د. عبد القادر محمد عبد القادر عطية: دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات الـ "B.O.T."، الدار الجامعية بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.

د. على البارودى: العقود التجارية وعمليات البنوك التجارية سنة ١٩٩٦، القانون التجارى، سنة ١٩٨٩.

د. على سيد قاسم: قانون الأعمال، الجزء الأول، ١٩٩٧.

ـــ: الجوانب القانونية للإيجار التمويلى، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

د. على جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، فى قانون التجارة الجديد، وتشريعات البلاد العربية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

ـــ: خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

د. على حسن يونس: الشركات التجارية، بدون ناشر، ١٩٨٨.

د. عمرو أحمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ "B.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

د. فايز نعيم رضوان: مبادئ القانون التجارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ – ٢٠٠٠.

د. كمال محمد أبو سريع: القانون التجارى، الأعمال التجارية والتاجر، ٢٠٠٠.

د. محسن شفيق: الوسيط فى شرح القانون التجارى، ج ١، ١٩٥٧.

ـــ: عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.

ـــ: التحكيم التجارى الدولى، ١٩٩٧.

د. محمد بهجت قايد: القانون التجارى، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

ـــ: العقود التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

ـــ: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية "B.O.O.T."، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. محمد السيد عرفة: المرافعات المدنية والتجارية الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

د. محمد شتا أبو سعد: المبادئ القضائية فى التحكيم التجارى الدولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

د. محمد شوقى بشادى: الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية، دار الفكر العربى، ١٩٨٤.

د. محمد عبد الحميد القاضى: نية الاشتراك، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

ـــ: مبادئ القانون التجارى طبقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، بدون تاريخ.

ـــ: العقود التجارية طبقا لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، ٢٠٠١.

ـــ: عمليات البنوك والأوراق التجارية، ٢٠٠٠.

ـــ: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

د. محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بدون ناشر، ٢٠٠١.

د. محمد فريد العرينى: الشركات التجارية والمشروع التجارى الجماعى بين وحدة الإطار وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

د. محمود سمير الشرقاوى: القانون التجارى، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

ـــ: الشركات التجارية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

ـــ: العقود التجارية الدولية، دراسة لعقد البيع الدولى للبضائع، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. محمود السيد عبد المعطى خيال: الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، طبعة ١٩٩٨.

د. محمود الشواربى: الأعمال التجارية فى ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٤.

د. محمود الكيلانى: عقد التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربى، ١٩٩٥.

د. محمود مختار بريرى: الشخصية المعنوية للشركات التجارية، دار الفكر العربى، ١٩٨٥.

ـــ: التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٩.

ـــ: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، الأعمال التجارية والتاجر والأموال التجارية، وفقا لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. محيى الدين إسماعيل علم الدين: قانون التجارة الجديد، بدون ناشر، ١٩٩٩.

د. مصطفى البندارى: مبادئ المعاملات التجارية، الجزء الثانى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩/٢٠٠٠.

د. مصطفى كمال طه: الوجيز فى القانون التجارى، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١/٢٠٠٢.

د. نادية محمد معوض: القانون التجارى وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ - ٢٠٠٠.

ـــ: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. هانى صلاح سرى الدين: التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

ـ: التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، كتاب الأهرام الاقتصادى، العدد ١٧٧، سبتمبر ٢٠٠٢.

د. هانى محمد دويدار: النظام القانونى للتأجير التمويلى، ١٩٩٤.

ـ: القانون التجارى بين التنظيم الموضوعى والتنظيم الفئوى للتجارة، دراسة على ضوء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠.

د. هشام على صادق: القانون الواجب التطليق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠١.

(ج) الرسائل العلمية :

د. أحمد حسان حافظ مطاوع: التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

د. أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانونى للاتفاقات البترولية فى البلاد العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥.

د. ثورية لعيونى: معيار العقد الإدارى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.

د. حازم حسن جمعه: المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها فى القانون الدولى، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٠.

د. حسب الرسول الشيخ الفزارى: أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٩.

أ/ خالد بن محمد العطية: النظام القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩.

د. رأفت رشيد المقيانى: تنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

د. رشوان حسن رشوان: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

د. سلامة فارس عرب: وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية فى قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

د. شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٠.

د. شمس ميرغنى: التحكيم فى منازعات المشروع العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

د. صفوت عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار الأجنبى فى تطور أحكام القانون الدولى الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩.

د. عبد الناصر فكرى محمد: مبدأ دوام الملكية، وأثر المدة فى انقضائه فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

د. عبيد على أحمد الحجازى: تمويل الاستثمارات فى مجال النقل الجوى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بنى سويف، ١٩٩٢.

د. عزيزة على الشريف: نظرية التأميم وتجربته فى مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٦.

د. عصام بسيم: النظام القانونى للاستثمارات الأجنبية فى الدول الآخذة فى النمو، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٢.

د. على السيد على سرحان، مفهوم التجارية والدولية فى قانون التحكيم المصرى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

د. على عبد العزيز الفحام: سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥.

د. عوض الله شيبة الحمد: النظام القانونى لعقود إنشاء المنشآت الصناعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٢.

د. ماجد عمار: عقد الترخيص الصناعى وأهميته للدول الصناعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.

د. محمد عبد العزيز بكر: فكرة العقد الدولى عبر الحدود، دراسة فى النظام القانونى للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٠.

د. مصطفى عبد المحسن الحبشى: التوازن المالى فى عقود الإنشاءات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٢.

د. نادر محمد إبراهيم: مركز القواعد عبر الدولية، أمام التحكيم الاقتصادى الدولى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٢.

د. نصيره بو جمعه سعدى: عقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٧.

د. يوسف عبد الهادى الأكيابى: النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٧.

(د) بحوث ومقالات :

د. إبراهيم أحمد إبراهيم: اختيار طريق التحكيم ومفهومه، بحث بمجلة المحاماة، العدد الأول لسنة ٢٠٠١.

د. إبراهيم درويش: سلطة تحديد مدة مشروعات الاستثمار فى المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T."، مقال بجريدة الأهرام فى ١٩٩٩/١٢/٢٥.

د. إبراهيم على حسن: تأملات فى اختصاص المحكمة بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٤١، العدد الثانى، أبريل / يوليو ١٩٩٧.

د. أحمد جمال الدين موسى: فنون تطبيق الخصخصة، بحث بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ١٢ فى أكتوبر ١٩٩١.

د. أحمد القشيرى: الاتجاهات الحديثة فى القانون الذى يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد (٢١) لسنة ١٩٦٥.

د٠ أحمد الورفلى: الطبيعة القانونية للتحكيم، مقال بمجلة التحكيم العربى، الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، العدد الثانى، يناير ٢٠٠٠.

د٠ أكثم أمين الخولى: الاتجاهات الكبرى فى قانون المشروع العام، بحث بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثانى، أبريل / يونيو ١٩٥٩.

ـــ: أثر الصفة التجارية للمشروع على طبيعته العامة، بحث بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثالثة، العدد الثالث، يوليو / سبتمبر ١٩٥٩.

ـــ: أثر الطبيعة العامة للمشروع على صفته التجارية، بحث بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة، العدد الثالث، يوليو / سبتمير ١٩٦٠.

د٠ أمل نجاح البشبيشى: نظام البناء والتشغيل والتحويل، هل هناك حاجة إلى بديل، بحث منشور بمجلة بحوث اقتصادية عربية، السنة الحادية عشر، العدد ٢٨ سنة ٢٠٠٢.

د٠ تهانى أبو القاسم: تعظيم الاستفادة من نظام الـ "B.O.T."، بحث بالمجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، كلية التجارة، جامعة حلوان، العدد الثالث والرابع، ٢٠٠١.

د٠ ثروت بدوى: المعيار المميز للعقد الإدارى، بحث، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة والعشرين، العددين الثالث والرابع، سبتمبر / ديسمير ١٩٩٧.

د٠ جمال عثمان جبريل: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور لدى د٠ حمدى عبد العظيم (محرر)، بعنوان مشروعات الـ "B.O.T."،

وأخواتها، مركز أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، ٢٠٠١.

د. رمضان صديق محمد: الضمانات القانونية، والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمارات، دراسة مقارنة بين القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، على ضوء آراء الفقه، بحث، بمجلة التشريع المالى والضريبى، عدد خاص، مايو، وأغسطس ١٩٩٨.

د. زينب حسن عوض الله: عقد المقاولة المقترن باقتراحات تمويلية، بحث ضمن أحد مطبوعات مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة، بعنوان "مقالات الأعمال المدنية"، سنة ١٩٩٥.

د. سامية عمار: محللات الاستثمار الخاص فى الاقتصاد المصرى، بحث، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٥٣ السنة التسعون، يناير / أبريل ١٩٩٩.

د. سليمان محمد مصطفى: أبعاد تنظيم السياسة المحاسبية لعقود الـ "B.O.T."، فى مصر، مجلة الدراسات والبحوث التجارية، كلية التجارة - بنها - السنة التاسعة عشر، العدد الثانى، ١٩٩٩.

أ. عبد الحق محمود منصور: المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T." الناجحة فى مصر، مجلة الجمارك المصرية، العدد رقم ٣٨٣٩٩، الإصدار الثامن، ١٩٩٩.

د. على سيد قاسم: عقد الالتزام التجارى، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة والخمسون، ١٩٨٦.

د. فاروق جمعة عبد العال: الموازنة العامة للدولة وعقود الـ "B.O.T."، مشروعات عامة بموارد خاصة، دراسة تطبيقية

باستخدام القيمة الحالية، مجلة الدراسات والبحوث التجارية، كلية التجارة، بنها، السنة العشرون، العدد الثانى، ٢٠٠٠.

د. فواز عبد الوهاب: الخصخصة أو توسيع قاعدة الملكية فى مصر، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، جامعة الإسكندرية، عدد خاص ببحوث ودراسات مؤتمر الخصخصة المنعقد فى ١٦ – ٢٩ مايو ١٩٩٣.

د. ماجد عمار: النظام القانونى لكونسرتيوم المقاولات، بحث ضمن مجموعة أبحاث من إصدار مكتب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة، بعنوان مقاولات الأعمال المدنية، ١٩٩٥.

د. محسن شفيق: المشروعات ذات القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثانى، ١٩٧٨.

د. محمد عبد الحميد القاضى: أهلية الطرفين فى اتفاق التحكيم، بحث بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بنى سويف، السنة الخامسة عشر، عدد يوليو ٢٠٠٣.

د. محمد عبد المحسن المقاطع: الأسس الدستورية لخصخصة المشروعات العامة ورقابة الدولة عليها، مقال بمجلة المحامى الكويتية، السنة الثانية والعشرين، عدد يوليو وأغسطس وسبتمبر ١٩٩٨.

د. محمود سمير الشرقاوى: التطورات الحديثة فى قانون التحكيم المصرى، بحث، بمجلة مصر المعاصرة، عدد يناير، أبريل ١٩٩٨.

ــ: مفهوم التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصرى، مقال بمجلة التحكيم، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى، العدد الأول، مايو ١٩٩٩.

المستشار/ محمود محمد فهمى: مخاوف البورصة والبطالة من الـ "B.O.T."، مقال بمجلة الأهرام الاقتصادى، العدد ١٦٣٧، فى ٢٣ مايو ٢٠٠٠.

د. مصطفى رشدى شيحة: تحديد الثمن وتغييره فى عقد المقاولة الدولى، نظرة فى القانون الاقتصادى الدولى للأعمال، منشور فى إحدى مطبوعات مركز الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة، بعنوان "مقاولات الأعمال المدنية"، ١٩٩٥.

د. مفيد شهاب: المبادئ العامة للقانون بوصفها مصدرا للقانون الدولى، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد ٢٣ لسنة ١٩٩٧.

د. نجيب محمد بكير: أثر الاستحالة النسبية فى تنفيذ الالتزام، بحث، بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، ١٩٨٥.

د. هانى صلاح سرى الدين: الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية التى يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل فى مصر، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٩ لسنة ١٩٩٩.

(هـ) أعمال المؤتمرات والندوات والمحاضرات :

د. إبراهيم أحمد إبراهيم: جنسية الأشخاص الاعتبارية والاستثمار فى مصر، بحث مقدم إلى المؤتمر الذى نظمته كلية حقوق عين

شمس، بالاشتراك مع مؤسسة (كونراد) الألمانية بمدينة الغردقة فى ١١ ، ١٥ أبريل ١٩٨١.

د. أحمد السعيد الزقرد: عقود الـ "B.O.T."، وآليات الدولة الحديثة، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوى السادس لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، فى ٢٦، ٢٧ مارس ٢٠٠١.

د. أحمد السيد صاوى: تنفيذ أحكام المحكمين طبقا لقانون التحكيم المصرى مقارنا ببعض أنظمة التحكيم العربية والأوربية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجارى الدولى بإشراف مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى فى ٢٠٠٠/١/٢٨.

د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات عقود مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص "B.O.T."، بحث مقدم إلى الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين شمس فى ٩/٢٢ - ٢٠٠١/١٠/٢٠.

د. أحمد عبد الحميد عشوش: قضاء التحكيم كوسيلة لفض المنازعات فى مجال الاستثمار، بحث مقدم إلى ندوة حق التقاضى، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة الزقازيق، يناير ١٩٨٥.

د. أكثم أمين الخولى: الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى ١٢، ١٣ سبتمبر ١٩٩٤.

أ. توفيق الجراح: ورقة عمل مقدمة من شركة مجمعات الأسواق التجارية الكويتية، إلى المؤتمر الثانى لدور القطاع الخاص فى مشروعات التنمية والبنية التحتية المنعقد بالكويت فى ١٨، ١٩ يناير ٢٠٠٣.

د. جمال نصار والمستشار مصطفى حسين: إعداد مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، المنعقد بالقاهرة، فى ١٧ - ١٩ أكتوبر ١٩٩٧.

د. حمدى عبد العظيم: عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، ورقة مقدمة إلى الندوة العلمية الأولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية فى ٢٧ - ٢٠٠١/١/٣١.

رشدى صالح عبد الفتاح: دور البنوك فى تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ "B.O.T."، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، المنعقد بمقر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، القاهرة، فى ٢٥، ٢٦ أكتوبر ٢٠٠٠.

د. رضا عبيد: النظرية العامة للالتزامات التجارية فى قانون التجارة الجديد، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين المنعقد بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، فى ١، ٢٠٠٠/٦/٢.

د. سامى عبد الباقى أبو صالح: الإطار التشريعى والتعاقدى للمشروعات الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص "B.O.O.T."، "B.O.T."، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، المنعقد فى شرم الشيخ سنة ٢٠٠١.

د. سعيد بن سعد المرطان: تجربة البنك الأهلى التجارى فى تنمية المدخرات لتمويل مشروعات البنية التحتية، بحث، ضمن أعمال ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع

الأهلى، المنعقد فى جدة ١١ - ١٣ من أكتوبر ١٩٩٥.

د. عاشور عبد الجواد: مفهوم الأعمال التجارية على وجه الاحتراف فى ضوء المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين، بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع، فى ١، ٢/٦/٢٠٠٠.

د. عبد الحميد الأحدب: عقود التمويل مع التشغيل "B.O.T."، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، عن مشروعات الـ "B.O.T."، القاهرة فى ٢٨، ٢٩/١٠/٢٠٠٠.

د. عبد الرحمن طه: دور التأمين والضمان فى دعم مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر وزارة المالية، والبنك الإسلامى عن مشروعات الـ "B.O.T."، القاهرة فى ٢٧، ٢٨ يناير ٢٠٠١.

د. عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتى: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية فى المملكة العربية السعودية، بحث ضمن أعمال ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلى المنعقدة فى جدة فى ١١ - ١٣ أكتوبر ١٩٩٩، مركز النشر العلمى، جامعة الملك عبد العزيز.

د. عبد الله الحيان: الجوانب القانونية لتمويل مشروعات التنمية والبنية التحتية "B.O.T."، بحث مقدم إلى المؤتمر الثانى لدور القطاع الخاص فى مشروعات التنمية والبنية التحتية المنعقد بالكويت فى ١٨، ١٩ يناير ٢٠٠٣.

د. علي لطفي: دور التنمية في ظل الاقتصاد الحر، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الحادي عشر للاقتصاديين المصريين بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسي في ٢١ - ١٩٩٩/١٠/٢٣.

د. عمر علي جمال الدين: دور الاستشاري في مشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية "B.O.O.T."، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ "B.O.T."، الذي عقد برعاية وزارة المالية والبنك الإسلامي للتنمية، القاهرة في ٢٧، ٢٨ يناير ٢٠٠١.

أ. محمد شريف الناظر: التعاقد بنظام "B.O.T." نظرة من بعيد، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ "B.O.T."، الغردقة في ١٤ - ١٦ نوفمبر ١٩٩٦.

أ. محمد طلعت خطاب: تجربة وزارة النقل في تنفيذ مشروعاتها بنظام "B.O.T."، ورقة مقدمة إلى الندوة العلمية الأولى بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، في ٢٧ - ٢٠٠١/١/٣١.

د. محمد عبد الحميد القاضي: الملامح الرئيسية للنظرية العامة للالتزامات التجارية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين، المنعقد بالجمعية لمصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، في ١، ٢٠٠٠/٦/٢.

د. محمد محمد أبو العينين: انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام الـ "B.O.T."، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ "B.O.T."، القاهرة في ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

ـــ: تجارب بعض الدول النامية فـــى مشـــروعات الــــ "B.O.T."، بحث مقدم إلـــى المؤتمـــر الدولـــى عـــن مشروعات الــــ "B.O.T."، القـــاهرة فـــى ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

د٠ محمد محمد بدران: النظام القانونى لمشروعات البوت، بحث مقدم إلـــى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـــ "B.O.T."، المنعقد بفندق شـــيراتون هليوبوليـــس، القـــاهرة، فـــى ٧ - ١٩٩٧/١٠/٩.

ـــ: نحو آفاق جديدة للخصخصة، بحث مقدم فـــى دورة تدريبية بمركز البحوث والدراسات الإداريـــة، كليـــة الحقوق، جامعة القاهرة، عن المشكلات القانونية لعقدى الأشغال العامة والبوت فى ١٢ - ٢٠٠٠/٣/١٥.

د٠ محمود سمير الشرقاوى: التحكيم الدولى وغـــيره مـــن وســـائل تســـوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ اتفاقيات الــــ "B.O.T."، بحث مقدم فى دورة التنمية الإدارية بكليـــة الحقـــوق جامعة القاهرة، فى يناير ١٩٩٧.

ـــ: التحكيـــم فى العقود الدولية، محاضرة ألقيت فـــى ندوة عقد المقاولـــة بمركـــز البحـــوث والدراســـات القانونية، كلية الحقوق، جامعة القـــاهرة، فـــى ينـــاير ١٩٩٢.

أ/ محمود محمد عثمان خضر: تجربة الهيئة العامة لموانىء البحر الأحمـــر فى تشغيل ميناء العيـــن الســـخنة بنظـــام "B.O.T."، مؤتمر مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم فـــى ٢٨ - ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

المستشار/ محمود محمد فهمى: بحث فى عقود الـ "B.O.T." وتكييفها القانونى، مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، القاهرة فى ٢٨، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

د. محيى الدين القيسى: مداخلة عن المشروعات التى نفذت بنظام الـ "B.O.T."، فى لبنان، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات الـ "B.O.T."، شرم الشيخ فى ١٨، ١٩ أكتوبر ١٩٩٨.

مستشار/ معتز كامل مرسى: تقرير بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام "B.O.T."، مقدم إلى الندوة العلمية الأولى بأكاديمية السادات فى ٢٧ - ٢٠٠١/١/٣١.

د. هدى مجدى: معيار تجارية النزاع وتطبيقاته فى قانون التجارة الجديد وقانون التحكيم المصرى، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع فى ١، ٢٠٠٠/٦/٢.

(و) وثائق وتقارير:

منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "يونيدو": إرشادات بشأن صياغة ومفاوضات وتعاقدات نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T."، نسخة عربية، بدون تاريخ إصدار.

تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، الدورة الثانية والعشرين، نيويورك فى ١٨ مايو - ٢٤ يونيو بعنوان: "الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية".

الدليل القانونى لنجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بشـــأن صياغـــة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية "يونيســترال" الأمم المتحدة، نيويورك ١٩٨٨.

مشروع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لصياغة دليـــل تشـــريعى لمشروعات البنية الأساسية التى يقوم بتمويلها القطـاع الخاص والمقدم لسكرتارية اللجنة فى فيينـــا فـــى ١٧ مايو – ١٤ يونيو ١٩٩٩.

البنك الدولى: تقرير عن التنمية فى العالم ٢٠٠٢، بعنوان (بناء المؤسســـات من أجل الأسواق)، مركز الأهرام للترجمة والنشـــر، ٢٠٠٠.

البنك المركزى المصرى: التقرير السنوى ١٩٩٩/٢٠٠٠.

العقد النموذجى لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، الصادر عن الاتحاد الدولـى للمهندسين الاستشـــاريين (فيديـــك)، ترجمـــة مكتـــب الشلقانى للاستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة، سنة ١٩٩٣.

تقرير المجالس القومية المتخصصة، المجلس القومـــى للإنتـــاج والشـــئون الاقتصادية، الدورة السادسة عشر، سبتمبر ١٩٨٩.

الخطة الخمسية الرابعة للتنمية الاقتصادية والاجتماعيـــة (١٩٩٧ – ٢٠٠٢)، وزارة التخطيط المصرية، فى أبريل ١٩٩٧.

(ن) **الدوريات** :

مجلة إدارة قضايا الحكومة، تصدر عن إدارة قضايا الحكومة (هيئة قضايـــا الدولة حاليا).

مجلة بحوث اقتصادية عربية، تصـــدر عـــن الجمعيـــة العربيـــة للبحـــوث الاقتصادية.

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق جامعة المنصورة.

مجلة الدراسات والبحوث التجارية، تصدر عن كلية التجارة، بنـها، جامعة الزقازيق.

المجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، تصدر عن كلية التجارة جامعة حلوان.

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة (فرع بنى سويف).

مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، تصدر عن كلية التجارة، جامعة الإسكندرية.

مجلة التشريع المالى والضريبى، تصدر عن رابطة مأمورى الضرائب المصرية.

مجلة التحكيم العربى، تصدر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى.

مجلة الجمارك المصرية، تصدر عن مصلحة الجمارك المصرية.

مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع.

المجلة المصرية للقانون الدولى، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولى.

مجلة المحامى الكويتية، تصدر عن نقابة المحامين الكويتية.

مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين المصريين.

ثانيا : باللغة الإنجليزية :

ALBERT "Jan. Van Berg": The New York Arbitration Convention – 1981.

ANTOINE Basile: "Investment opportunities for small and medium – banks and investment arrangers In PFI/BOT projects. A paper presented at the International (B.O.T.) conference. Cairo 1999.

A PPICH "J.": Infrastructure projects: "B.O.T." Projects Developed Country Structuring International, "Business Lawyer" (April 1991".

BLOMMESTEIN H. and others. "privatising Large Enterprises: overview of Insues and case studies". Methods of privtising large Enterprises. Paris: OECD. 1993.

BOULTON (A.H.): Consturction consortia. Their formation and management, The Journal of Business Law. Stevens & Sons. Limited. London, 1959.

CHARLIS. B. Malineaux: Disputé Resolution in B.O.T. Project contracts" A. Paper presented at the International, Build Openate Transfer "B.O.T.", Conferance, Horghada, 1996.

DAVID A. Levy: B.O.T. and Public procurement: A Conceptual framework. Vol. 7. No. 1. 1996, Indiana iantemational & Comparative law. Review.

DAVED "R.": Arbitration in international trade "1985".

DELMON. (J.) Boot / Bot A commercial and contractual, guide, 2000.

EAST, "J.": "BOT Project in Asia: The concession Agreement and the Allocation of Risks, in A Sia law, Practic, Project, Infrastructure Finance in Asia 2 nd ed (1996).

ELWAN, Ibrahim, "Privatization, Dergulation, and macroeconomic policies: The Case of Pakistan "Structural Adjustment and Mecroeconomic Policy Issues, (Jafaray, V. A. moderatord), IMF, 1992.

FATOUROS, A.A.: Governement Guarantees to foreign investors, 1962.

FAYE "Levin": Introduction to "B.O.T.", Apaper presented at the International, "B.O.T.", Conference, Horghada. 1996.

FRESHFIELDS: Project Finance, 2 ne édition, 1995.

HOFMAN (S.): The law and Business project Finance.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (IFC): Project in Developing, Countries, Washinton 1999.

JEFFREY Delmon: BOO/Bot projects: A commercial and Contractual guide. 2000.

KELLY S.T.L, Localizing rules and differing approaches to the choice of law process, int. & comp. L. Quarterly, 18, 1961.

LOFFEL : "E.W.": Financing your Business, New York, 1977.

MANN "F.A." The law governing state contract, B.Y.B.I.L., XXI, 1994.

MCNAIR (Lord): The general principales of law recognised by civilited nations B.Y.B.I.L. 1959.

NEVITT (P.) FABOZZI (F.), Project Financing, 6 th ed, 1995.

O'SULLIVAN, J., "Experience From the Pakistan Project Agreements:. In Fitzgerald, P., (ed) Project Financing: Building Infrastructure Projects in Developing Markets. 1999.

RICHARD Plender: The European Contract Convention the Rome convention on the choice of Law for contracts. 1991.

SAMIR M. HAMZA, Privatization and BOOT Projects in Utility Sectors in Egypt, Euromoney

Conference, The Arab Financial Forum, September 11 – 12,2001, Semiramis Inter Continental, Cairo, Egypt.

SCRIVEN (J.): "A. Banking perspective construction Risks in Bot Schemes" International Construction law Review, 1994.

SIDENY M. Levy: Build, operate, transfer paving the way for tomorrow`s infrastructure, 1996, John wiley & Sons.

STPHEN (H.) ARCHER, Marc choot, C, George Ractt: Financial Mangement Jhon Willy and Sons, New Yourk 1979.

UNCITRAL: Legal Guide on Drawing up international contracts for the construction of industrial works, 1988, united nations publications.

UNIDO: GUIDE lINES for infrastructure development through B.O.T. projects. 1996.

UN NAGUYEN, V., & Truong, T., "Foreign Investment in Vietnam By Build – Operate – Transfrer Projects: An Undate", Butterworths Journal of International Baking and Financial Law, November 1994.

VENTER. "G.": Project Finance: A legal Guide 2 nd ed, 1998.

WALKER "C.": Smith "A. J." "editors":, Privatized infrastructre the B.O.T. approach, 1995.

WORLD BANK, Recent trends in private participation in frastructure, september 1999, (www. World Bank. Arg/html' fpd/ notes/).

ثالثا : باللغة الفرنسية :

ABOU SALEH, "Samey Abdelbaki" Les progets internationaux de construction mence selon la formule (B.O.T.) "Droit Egyptie Droit Français, Paris, 2000.

ALFONSIN, (Q.): Contribution à l,étude de la Relation juridique en droit international Priv – Mélanges offerts a Jacque Maury Tome, I.

ANDREA GIARDINA, les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux. Clunet. 3, P. 557. 558.

AUBY, (J.M.) et DRAGO, (R.): Contentieux administratifs, 3 éd, 1984.

BARABANT, "André, Le contrat international de construction, Bruxelles, E. Bruylant 1981.

BATIFFOL (H.): La sentence Aramco et le droit international privé, R.C.D.I.P. 1964.

BATIFFOL (H.) et LAGARDT "P.": Droit international privé - Paris. L.G.D.J.T.I., 7 eme éd. 1987.

BLANC (G.): Industrilisation: entreprises publiques et dévéloppement D.P.C.I., 1986 T. 12, No 3.

BONNEAU (Jacque – Roger) La pratique du droit de l`informatique dans l`entreprise, éd. De l`usine nouvelle Paris. 1984.

BOISTEL, Traité de droit commercial 5, éd.

BRALANT (ANDRÈ": Le contrat international de construction. Bruxelles 1980.

BRUNO DE CAZALET "Le contrat de construction dans le cadre des projets en B.O.T.". Revue de droit de Affaires internationals No. 4 – 5. 1998.

CABBONNIER., "J"., Droit civil, 4. Les obligations 29 éd PUF, 1996.

CEDRAS "L.": L`obligation de négocier RTD com 1985.

CHABUS, (R.): Droit administratif géneral, 1988.

CHARLIER, La notion juridique de service public, J.C.P., 1955, Doctrine No. 1210.

DAYANT (Roger): Determination de la loi competence, Juris. Class. Dr. int. 1959-8-Fax. 552. "A" Fax. 52 "C".

DE JUGLART, "Michel": Benjamin ippolito, cours de droit commercial, premier volume, 11 éd, 1995.

DE LAUBADÈRE (André) Trait élémentaire de droit administratif, 1963.

De MONTGAILHARD, "Desazars.": Les caractérés de l'entrpris Publique, Droit Social, 1949.

DERAIN (Yves): Le statut des usages du commerce international devant les juridictious arbitrales, Rév. Arb. 1973.

ESCARA, (J.e). et RAULT (J.): Principes de droit commercial T, I. Paris, 1950.

FOUCHARD (Ph.): Quand un arbitrage est-il international? Rev. Arb. 1970.

Gided. "A.": Des effets de l'annexion sur les concessions. Paris, 1904.

GLAVINIS, : "Ponoyais": Le contrat international de construction, Paris, 1993.

GOLDMAN (B.): La lex-mercatoria dans les contracts et l'arbitrage international. Clunet 1979.

GRELON "Bernard" Les entreprises de services, Paris, I, 1976.

GUTMANN, "D.": Droit international Prive, Paris, Dalloz, 1999.

HAMEL (J.), LGARDET (G.) et JAUFFRET (A.): Droit commercial, Tome I. Vol II, 1980.

HEMARD (J.): Theorie et pratique d`assurances Terrestres, Paris, 1929.

JACQUES (Georgel): Les Contrats de l`administration contrats administratif par nature, Juris classeer administratif, Fasc, 501. 1971.

JAKUBOWSKI (Jerzy): L`arbitrage international dans les litiges commerciaux l`experience polonaise, Rev. Arb. 1989,

JAQUET "JEAN - MICHEL" Le Contrat international, "connaissance du droit", Dalloz, Paris, 1992.

JEAN "Francois": Critère du contrat administratif" la qualite des contractants L.R.A.P., 1971.

KAHN "Philippe": Droit international économique droit développement et lex mercatoria: Concept Unique ou pluralisme des orders juridiques, Mélanges Goldman, 1982.

Karl. H. Neumayer, Autonomie de la volonté et dispositions impérative en droit international privé des obligations, Rev. Cri., 1957. P. 601.

LALIVE (P.): Les contrats enter Etats et enterprises Privées étrangères, Rapport Uni droit, Rome, Sept. 1979.

LE BOULANGER (P.H.): Les contrats enter Etats et entreprises étrangeres Èd. Èconomica 1985.

LOUSSOUARN (Yvon) et BREDIN, Droit du commerce international, Paris. 1969.

LYON CAEN (C.H.) et RENAULT (L.): Traité élémentaire de droit commercial, 5 éd, Tome I.

MAYER, "P.": Droit international privé, 5 ed. Montchresien, 1994.

MERLE, "Ph." Droit commercial, Sociétés commerciales 5 e ed. 1996.

RIPER "(G.), DURAND, (P.), ROBLOT, (R.): Trait de droit commercial, 1963.

RIAD (Fouad): L`entreprise publique et semi publique en droit international prive, R.C.A.D.I. 1963.

RIPERT (G.): Droit commercial, I, éd, 1972.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.) : TRAITé DE DROIT COMMERCIAL, Tome, I., 1993.

RODIERE (René) et OPETIT (Bruno): Groupement commerciaux, D. Paris, 10[e] éd. 1980.

STERN (Brigitte): Lex mercatoria et Arbitrage international, Rev. Arb. 1983.

STOUFFLET, (J.): Les capitaux propres, Rev Soc, 1986.

THALLER et PERCEROU, Traité élémentaire de droit Commercial, 1931.

VAN HECKE (G.): Les accords entre un Etat et une personne privee etrangere, Rapport, AIDI, 1997.

VEDEL, (Georges): Droit administratif, P.V.F., 1973.

VERHOEVEN (joe): Contrat entre Etats et ressortissants d`autre Etats, in le contrat economique international, travaux des VII e Journees Jean Dalien, organisees a lauvain la-Neuvre 22-23 Nov. 1975 Paris, Pedone et Bruxelies Brulant.

POMMIER, "Jean Christophe", Principe d`utonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, thése Paris, 1992, P. 250.

WALINE (M.): Précis de droit admin. 1970.

WEIL (Prospar): Le critère du contrat administratif en crise melanges offerts a waline le juge et le droit Publique Tome 2, Paris, 1974.

WEIL LONG, et BRAIBANT, Les grands arrets de la Jurisprudence administrative, 8 éd, 1984, et 1990.

WELL (P.): Droit international Publique et Droit Administratif, Melanges, Trotabas.

الفهرس

رقم الإيداع
٢٠٠٥/٥٥٧٥
الترقيم الدولى
977 – 04 – 4732 – 3

